LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE CÁMARAS DE SEGUNDA INSTANCIA EN MATERIA PENAL

2018

Corte Suprema de Justicia
Centro de Documentación Judicial

San Salvador, 2023

Gerente General de Asuntos Jurídicos

Lcda. Quiriam Geraldina Pinto Quintanilla

Jefa del Centro de Documentación Judicial

Lcda. Evelin Carolina Del Cid Flores

Edición y revisión

Jefe del Departamento de Publicaciones

Lic. José Alejandro Cubías Bonilla

Jefa de la Sección de Diseño Gráfico

Lcda. Roxana Maricela López Segovia

Diagramación

Mgtr. Andrea Nathalia García Peña

© Corte Suprema de Justicia
Centro de Gobierno
San Salvador
Impreso en El Salvador.

Corte Suprema de Justicia
2023

Lic. Óscar Alberto López Jerez
PRESIDENTE

Sala de lo Constitucional

Lic. Óscar Alberto López Jerez
PRESIDENTE

MSc. Elsy Dueñas Lovos
VOCAL

Lic. José Ángel Pérez Chacón
VOCAL

MSc. Luis Javier Suárez Magaña
VOCAL

MSc. Héctor Nahún Martínez García
VOCAL

Sala de lo Civil

Lic. Alex David Marroquín Martínez
PRESIDENTE

Dra. Dafne Yanira Sánchez de Muñoz
VOCAL

MSc. Leonardo Ramírez Murcia
VOCAL

Sala de lo Penal

Lcda. Sandra Luz Chicas Bautista
PRESIDENTA

Lic. Roberto Carlos Calderón Escobar
VOCAL

Lic. Miguel Ángel Flores Durel
VOCAL

Sala de lo Contencioso Administrativo

Lic. José Ernesto Clímaco Valiente
PRESIDENTE

MSc. Sergio Luis Rivera Márquez
VOCAL

Lcda. Paula Patricia Velásquez Centeno
VOCAL

Dr. Henry Alexander Mejía
VOCAL

SECCIÓN DE DERECHO PENAL
CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL

Coordinador: Lic. Luis Oswaldo López Álvarez

Colaboradores: Lcda. Elsa Carolina Rosales de Calderón
Lcda. Celia Majano Flores
Lic. Martín Orvins Méndez Ayala

El contenido de esta publicación es un extracto literal de las sentencias pronunciadas por las Cámaras de Segunda Instancia. Los temas y subtemas son responsabilidad de la Sección de Derecho Penal del Centro de Documentación Judicial.

LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE CÁMARAS DE LO PENAL 2018

MATERIA PENAL

AGRESIÓN SEXUAL EN MENOR E INCAPAZ

REQUISITOS QUE DEBE REUNIR LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA PARA SER EL ÚNICO ELEMENTO PROBATORIO A TOMAR EN CUENTA AL DICTAR UNA SENTENCIA

"vii. Delimitado lo anterior, al analizar la sentencia se tiene que el único elemento con el que se dispuso para incriminar al acusado efectivamente fue el dicho de la niña y, no obstante que en ciertos casos –bajo específicas condiciones– puede llegarse a juicio y arribar a una decisión condenatoria con prueba única de tal naturaleza, tomando en cuenta que podría no haber información testifical más que la aportada por la misma persona que se dice afectada, ese tipo de prueba debe reunir ciertos requisitos, como son la aludida persistencia de la versión, la coherencia del relato, las condiciones personales de los involucrados y la inexistencia de móviles espurios que, en aplicación al caso de estudio, se tiene el supuesto de transgresión a uno de los anotados requisitos: *la persistencia en la incriminación*, es decir, que la declaración carezca de ambigüedades y/o contradicciones, sea precisa y coherente, con ausencia de contradicción sustancial en sus distintas versiones."

Cámara de la Segunda Sección del Centro, número de referencia: APEL-200-2018-PN, fecha de la resolución: 08/11/2018

ANTICIPO DE PRUEBA TESTIMONIAL

PROCEDE ADMITIR DECLARACIÓN DE VÍCTIMA, INCLUSO CUANDO NO FUERE MENOR DE DOCE AÑOS

"De ahí que sea necesario resaltar que en el presente caso, se ha solicitado la declaración de la menor víctima como anticipo de prueba, siéndole aplicable lo establecido en la última disposición relacionada.

En ese sentido, es necesario aclarar que, al hacer referencia el legislador a los doce años de edad, no se trata de una limitación para otorgar la declaración como anticipo de prueba, sino que, en el caso que el anticipo sea para que <u>un menor de doce años</u> declare, será necesario que conste previo dictamen psicológico o psiquiátrico, únicamente para evaluar su capacidad para rendir testimonio, pero no como condicionante para rendir su declaración.

Sin embargo, en ningún momento dicho límite de edad implica - ni siquiera tácitamente - que sólo cuando se trate de menores de doce años de edad se podrá ordenar el anticipo de prueba; sino que el mismo podrá concederse aunque se trate de menores de dieciocho años e incluso mayores de edad, que cumplan

con las condiciones para que se testifique anticipadamente, y que se busque la protección de las mismas por medio de cámara Gesell, si la naturaleza del caso así lo requiere.

Aunado a todo ello, resulta pertinente mencionar que la herramienta de la cámara Gesell, cuenta con respaldo internacional en instrumentos internacionales, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía y Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder.

iii. Con base en todo lo anterior, y teniendo en cuenta la actuación judicial, se puede decir que en el presente caso existe un errónea aplicación del artículo 213 CPP, pues en dicho artículo se desarrolla lo relativo a la protección que deben de gozar ciertas personas por sus condiciones de vulnerabilidad, lo cual se logra a partir de la declaratoria de reserva total o parcial, lo cual no significa que debe de operar como una condicionante para conceder el anticipo de prueba.

Además, si bien es cierto quien tiene la calidad de víctima se trata de una persona de diecisiete años, no se puede denegar el anticipo de su declaración conforme a lo dispuesto en el artículo 305 inciso 2°, numeral 5° CPP, pues como se explicó anteriormente, no es posible limitar el anticipo de prueba en Cámara Gesell únicamente a personas menores de doce años, sino que es posible admitirla para cualquier persona en condición de vulnerabilidad, ya sea mayor de doce y menor de dieciocho, e inclusive es posible de aplicar a mayores de edad, a quienes para evitar algún daño físico, emocional o moral, se le permita declarar bajo el mecanismo al que se ha venido haciendo referencia.

Entonces, no obstante se ha manifestado que se trata de una persona de diecisiete años de edad, es posible que la misma declare anticipadamente utilizando la herramienta de cámara Gesell, pues de esa manera se evita la revictimización de la misma mediante la confrontación visual de su presunto agresor en el desarrollo de la audiencia.

Todo ello cobra especial relevancia cuando se observa en el proceso la existencia de un informe de peritaje psicológico, realizado en fecha catorce de noviembre de dos mil diecisiete, en donde se manifiesta lo siguiente:

"Con base a la pericia realizada se formulan las siguientes conclusiones:

La adolescente peritada evidencia poseer una inteligencia normal y funcional, no se identifica la presencia de signos o síntomas de enfermedad mental; y además, evidencia poseer capacidad cognitiva para comprender los hechos en los que actualmente se pudiese ver involucrada. Por otra parte, la adolescente peritada muestra poseer el desarrollo lingüístico y cognitivo (es decir, pensamiento, memoria e inteligencia) suficiente como para brindar su declaración en sistema de Cámara Gesell, para evitar posible revictimización e individualizar al imputado".

En esa línea, esta Cámara considera que sí es posible la realización del anticipo de prueba de la adolescente víctima.

Además, otro de los puntos que se mencionó para negar la diligencia solicitada, es que el fundamento del Ministerio Público Fiscal consistía en que la madre de la adolescente se encuentra tramitando un asilo con una ONG, en razón de la difícil situación que se vive en el país; sin embargo, la operadora de justicia advirtió que dicha circunstancia no le fue corroborada en el proceso, y que al no constar ningún documento que acredite la existencia de ese trámite, no le justifica la concesión del anticipo.

No obstante lo anterior, esta Cámara considera que dicha incertidumbre podría haberse aclarado por medio de una cita a la madre de la víctima para que explique dicha circunstancia, e incluso, pudo haber realizado una prevención a la Fiscalía General de la República, para que presentará documentación que acreditara lo manifestado en la solicitud.

iv. Por lo tanto, se estima que no era posible denegar el anticipo de prueba por ninguna de las razones aludidas por la Juez de Primera Instancia de Tonacatepeque, siendo necesario revocar la decisión plasmada en el auto de las quince horas y cincuenta minutos del nueve de octubre de dos mil dieciocho, y será necesario que se lleve a cabo la realización del anticipo de prueba solicitado por la agente auxiliar del Fiscal General de la República."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 391-2018, fecha de la resolución: 08/11/2018

BIGAMIA

CONSIDERACIONES SOBRE EL TÉRMINO PARA DECRETAR LA PRESCRIPCIÓN

"1.- En el presente caso está en discusión si la acción penal del delito de Bigamia atribuido al imputado ha prescrito, como lo alega el recurrente en su libelo recursivo o por el contrario y tal como lo mencionó la sentenciadora el referido delito es de naturaleza permanente y por lo tanto el mismo no ha prescrito, aspectos sobre los cuales se pronunciará esta Cámara.

2.- Al respecto, cabe mencionar que de conformidad al ilícito imputado al procesado […]. se tiene que el delito de Bigamia tiene prevista una pena de prisión máxima de dos años.

Habiendo determinado lo anterior, el punto de gran importancia en la presente sentencia es delimitar a partir de cuándo comienza a contar el término de la prescripción y al respecto, el Art. 33 C. Pr. Pn. señala a partir de cuándo comenzará a contarse, mencionando que el plazo de la prescripción iniciará para los hechos punibles perfectos o consumados, desde el día de su consumación; para los delitos imperfectos o tentados, desde el día en que se realizó el último acto de ejecución; para los hechos punibles continuados, desde el día en que se realizó la última acción u omisión delictuosa; para los delitos permanentes, desde el día en que cese la ejecución; y para los delitos y faltas oficiales desde que el funcionario haya cesado en sus funciones.

Partiendo de las características más importantes de las diversas figuras penales que se encuentran en el Código Penal, se acostumbra dividir los tipos penales en familias o grupos, de donde se originan múltiples clasificaciones. Los tipos penales de la parte especial tienen el núcleo del contenido injusto de

cada delito y de acuerdo a ello pueden hacerse clasificaciones que son de gran importancia para su interpretación y sus consecuencias, como es en materia de participación y de prescripción.

Para el caso que nos ocupa, es importante señalar que los delitos instantáneos son aquellos que se consuman en un solo momento. Así tenemos que el homicidio es un delito instantáneo que se consuma con la muerte de la víctima, así como también es un delito de resultado. Los delitos permanentes, por otro lado, son aquellos que castigan conductas que instauran una situación antijurídica y que incriminan la sucesiva conducta de mantenimiento de esa situación; ejemplos de este tipo de delitos son la privación de libertad, prevista en el Art. 148 C. Pn. y el secuestro, previsto en el Art. 149 C. Pn. En materia de derecho procesal penal una de las consecuencias del delito permanente es que no prescribe mientras siga realizándose, o sea que la prescripción se comienza a computar cuando acaba el estado de permanencia. El Art. 33 numeral cuarto C. Pr. Pn. señala el comienzo de la prescripción para los delitos permanentes desde el día en que cese la ejecución. Por último, los delitos continuados constituyen un conjunto material privilegiado en razón de la sanción penal.

Respecto al delito instantáneo de efectos permanentes se dice que ocurre cuando, no obstante haberse obtenido el resultado, el sujeto activo tiene una conducta permisiva y, estando en posibilidad de eliminarla, se abstiene de hacerla cesar. En ese sentido, el comienzo de la prescripción para este tipo de delitos, de acuerdo al Art. 33 C. Pr. Pn. deberá de comenzar a contarse desde el día de su consumación, ya que no contempla tal artículo que la prescripción de delitos de efectos permanentes empezará a correr desde que cese la situación de permanencia."

TIPO PENAL QUE SE PERFECCIONA AL MOMENTO DE CONTRAER UN SEGUNDO O ULTERIOR MATRIMONIO

"3.- En ese sentido es de tomar en cuenta que el delito en mención señala en el inciso primero: "El que contrajere segundo o ulterior matrimonio sin halarse legalmente disuelto el anterior será sancionad con prisión de seis meses a dos años"; es decir que este ilícito se perfecciona o se consuma con la sola celebración de un ulterior matrimonio indistintamente este mantenga sus efectos (como si fuera correcto o legal) en el devenir del tiempo, tampoco es preciso que nadie lo tenga por correcto, por cuanto lo que afecta es el estado civil matrimonial, por lo que se debe de entender es un delito de consumación instantánea.

De tal manera, que se requiere que del delito de la bigamia pueda resultar un perjuicio para el Estado Civil, lo ocurre al momento de contraer segundo o ulterior matrimonio, es decir que basta la puesta en peligro de un bien jurídico para que se consume el hecho punible. Cabe recordar, que esta clasificación atiende a la relación que existe entre acción y objeto de la acción."

PROCEDE ABSOLUCIÓN PENAL DEL IMPUTADO UNA VEZ SE HA EXTINGUIDO LA ACCIÓN PENAL, EN RAZÓN DEL PASO DEL TIEMPO ESTABLECIDO PARA LA PRESCRIPCIÓN

"Visto lo anterior, tenemos que el delito constituye un delito instantáneo que se consuman en el momento mismo en que el segundo o siguiente matrimonio

se ha contraído, por tanto en el presente caso el cómputo se debe iniciar a partir del día de celebración del segundo matrimonio del imputado objeto del ilícito, que sería en el año de mil novecientos noventa y tres, por lo que hasta esta fecha han transcurrido más de veinte años, cantidad de tiempo que supera el máximo de prisión de dos años previstos para el delito de Bigamia; consecuentemente la acción penal del hecho objeto del presente proceso se ha extinguido en razón del paso del tiempo establecido para la prescripción, sin haber perseguido el delito consumado.

En atención a los anterior, el motivo de apelación presentado es atendible y procedente y por ello se anulara la sentencia venida en alzada, se absolverá penalmente al imputado […], con base en el Art. 31 N° 2 ambos Pr. Pn., y una vez ejecutoriada se devolvera el proceso al Tribunal de Sentencia correspondiente para que se realice una audiencia especial en la que se discutirá lo que corresponde a la responsabilidad civil de conformidad con el Art. 45 numeral 2 literal "e" y 46 Pr. Pn.

Por último se deja constancia que esta sentencia se dictó hasta esta fecha en razón del número de resoluciones con complejidad en el caso y que se resolvieron el día dieciocho de Enero del presente año, en donde se abarcan apelación de sentencias resueltas bajo los incidentes con referencia 362-PC SENT-2017-CPPV y C-41-DV-2017-CPCM y apelación de medidas cautelares como la señalada bajo referencia P-17-MC-2018-CPPV."

Cámara de la Tercera Sección del Centro, número de referencia: P-359-PC-SENT-2017-CPPV, fecha de la resolución: 19/01/2018

CADENA DE CUSTODIA

AUSENCIA DE VULNERACIÓN ANTE EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN FORMAL DE HACER CONSTAR LA RECOLECCIÓN, EMBALAJE, TRANSPORTE, ANÁLISIS Y CUSTODIA DE LAS EVIDENCIAS

"En el presente caso el punto central de la discusión es el respeto a la cadena de custodia del arma decomisada, para la defensa técnica ha existido un quebrantamiento lo que ha llevado a estimar la falta de evidencias de la existencia del delito, por su parte el juzgador estimó que no converge tal ruptura.

A efecto de resolver la controversia planteada, es pertinente realizar unas acotaciones sobre la cadena de custodia (a); luego consignar las pruebas examinadas por el juzgador (b); para así determinar la concurrencia o no del vicio aducido (c).

a. Se entiende por cadena de custodia, "*el procedimiento encaminado a garantizar la autenticidad de las evidencias, de tal manera que pueda establecerse con toda certeza que las muestras, rastros u objetos sometidos a análisis periciales e incorporados legalmente al proceso penal, a través de los diferentes medios de prueba, son los mismos que se recolectaron en la escena del delito*" ("Manual Operativo para la Cadena de Custodia", Tania Beatriz Montoya con

Fiscalía General de la República, Policía Nacional Civil y DPK Consulting; Tecnoimpresos S.A., septiembre 2003, pag. 3).

El Código Procesal Penal la define así:

Art. 250. "*La cadena de custodia es el conjunto de requisitos que, cuando sea procedente, deben observarse para demostrar la autenticidad de los objetos y documentos relacionados con un hecho delictivo"*.

La cadena de custodia, por ende, tiene el objetivo de evitar que la evidencia sea alterada, contaminada o que se cometa un error en la identificación de la misma, ya sea que se trate de substancias, documentos o cualquier otro elemento relacionado directa o indirectamente con el delito o con circunstancias del mismo.

Para que el vicio señalado por el *A quo* se configure, tendría que existir una infracción a ese conjunto de requisitos, los cuales se encuentran desarrollados en el art. 251 inciso 1° CPP, así:

"*Las personas que hayan tenido contacto con los objetos y documentos incautados o recolectados registrarán toda la información necesaria para facilitar la constatación de autenticidad de los mismos en las diferentes etapas de su manejo o utilización, tales como recolección, embalaje, transporte, análisis y custodia."*

De lo que se desprende que, en lo que se refiere al procedimiento de aseguramiento de evidencia, se cumple con la cadena de custodia *registrando la información* necesaria para constatar la autenticidad de la evidencia, lo que supone *que se deje constancia* de los datos que rodean su *recolección, embalaje, transporte, análisis y custodia*.

Ahora, sobre la ruptura de la cadena de custodia la Sala de lo Penal ha expresado:

"Es oportuno aclarar que para la comprobación de la ruptura en la cadena de custodia -que alega la recurrente- se requiere la existencia de indicios precisos, comprobados mediante prueba directa, añadiendo que los hechos revelados deben conducir inequívocamente a la constatación de contradicciones contundentes y evidentes, entre la realizada a los elementos probatorios recolectados y la fidelidad emanada de los mismos, atendiendo a su conservación y custodia. Es decir, que debe existir un elemento objetivo que sustente o determine que la cadena de custodia se vulneró, al haberse irrespetado los procedimientos técnicos específicos, las fases que constituyen la cadena de custodia de los objetos incautados, que la manipulación ha sido negligente o desaparecimiento de la evidencia y no se puede establecer con certeza que el objeto sometido a análisis pericial e incorporado al proceso es el mismo que el que se recolecto en la escena del delito […]" (Sentencia Definitiva, dictada a las ocho horas y cinco minutos del nueve de marzo de dos mil dieciséis, en el expediente de Casación 355-C-2015).

Así las cosas, para la comprobación de la ruptura en la cadena de custodia se requiere de la existencia de indicios precisos, establecidos mediante prueba directa, añadiendo que los datos surgidos de los hechos revelados indiciariamente, deben conducir inequívocamente a la constatación de contradicciones evidentes entre la realidad de los elementos probatorios recolectados y la fidelidad emanada de los mismos atendiendo a su conservación y custodia.

Por consiguiente, debe descartarse cualquier argumento tendiente a calificar de dudosa la exactitud de un elemento de prueba, sin determinar razones objetivas que permitan dudar de su identidad o de la preservación de su contenido

Queda claro, entonces, que cuando se cuestiona la cadena de custodia, no puede hacerse bajo consideraciones de carácter especulativo, ni mucho menos dar por establecidos hechos o circunstancias fuera de los límites fácticos fijados o determinados objetivamente en el proceso, en tal sentido no puede desacreditarse la cadena de custodia bajo el argumento simplista de que no se ha establecido que el arma de fuego incautada a los procesados estuvo en custodia por cada una de las personas que lo recibió.

b. Para constatar si se ha cumplido con el procedimiento para garantizar la autenticidad de las evidencias, o en otras palabras, con la obligación de registrar la información requerida para verificar la cadena de custodia se tienen los siguientes elementos de convicción:

En acta de detención en flagrancia – folio 7 – de las de las veintitrés horas con treinta y cinco minutos del dos de octubre de dos mil diecisiete, se describe lo incautado así:

"[U]n revolver serie **********; marca SENTINEL MKI, calibre VEINTIDÓS LR, con empuñadura de madera en regular estado con nueve cartuchos para la misma […]" (mayúsculas del original).

Luego, en informe pericial de la División de Armas y Explosivos - folio 37 - consta que:

"Se tuvo a la vista, Evidencia No. 1/1 Un arma de fuego de fabricación convencional, tipo revolver, calibre .22 LARGO, marca HIGH ESTÁNDAR, modelo SENTINEL MKI, serie **********, Cañón de 2 PULGADAS DE LONGITUD, pavón GRIS EN REGULAR ESTADO, […]" (mayúsculas y resaltado del original).

El perito en funcionamiento de armas de fuego, [...], adscrito a la División Policía Técnica y Científica de la Policía Nacional Civil, en relación al arma sometida a su pericia, durante el juicio expresó:

"[Q]ue era un arma tipo revolver, calibre punto veintidós de lago, marca High Estándar, modelo Sentinel MKI, serie **********, […]" (mayúsculas del original)

De lo transcrito se puede deducir que:

- Al acusado le fue incautada un arma de fuego, la cual ostenta la marca High Estandar, modelo Sentinel MKI, serie **********, siendo dicha arma sometida a un análisis de funcionamiento, del cual se derivó que la misma se encuentra en buen estado y apta para realizar disparos.

- Se puede advertir que el arma de fuego incautada y recolectada para su custodia, guarda identidad con la utilizada en la pericia que se ha relacionado *supra*.

c. De los legajos relacionados, el técnico [...] ha descrito el arma sometida a pericia, relacionando su procedencia, la forma en que la recibió y como fue devuelto para su custodia, siendo posible deducir que el técnico utilizó el mismo objeto recolectado en el lugar donde sucedieron los hechos y que fue incautado al acusado, aunado a ello, no se advierte alguna modificación sustancial en la misma que permita insinuar su alteración.

En ese orden de ideas, puede afirmarse que no existen indicios que permitan objetivamente asegurar un rompimiento de la cadena de custodia, en tanto que

mediante la documentación descrita, puede concluirse que a [...] se le incautó un arma de fuego, la cual fue entregada en la División de Armas y Explosivos de la Policía Nacional Civil, en donde un perito permanente le realizó los análisis solicitados por la parte fiscal.

En ese orden de ideas, puede deducirse que en el presente caso se cumplió con la obligación formal de hacer constar la ***recolección, embalaje, transporte, análisis y custodia*** de las evidencias, y por lo tanto se puede garantizar su autenticidad, no advirtiéndose señales que hagan dudar que el objeto incautado no fue el que se analizó en la División de Armas y Explosivos.

Como se ve, el apelante afirmó que, no puede ser asegurarse la identidad del arma incautada y la analizada por el perito, sin embargo, su análisis resulta de una consideración parcial de la información que sirvió de cimiento a la convicción judicial.

Además, se le debe recordar al apelante que la ilegalidad o ilicitud de una prueba no puede ser fundada en inconsistencias que a criterio de la defensa existen entre el objeto decomisado y analizado, sino en la contravención a las formas legalmente establecidas en que ésta se realizó y en la afectación de derechos y garantías fundamentales que este quebranto produjo.

De ahí que esta Cámara considera que la queja de la apelación es superficial, sin considerar todas las aristas documentales que constan en el expediente, por lo que deberá declararse sin lugar y en consecuencia confirmar la sentencia impugnada."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 15-2018, fecha de la resolución: 20/03/2018

DEFINICIÓN LEGAL Y CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES

"Dado que la competencia del tribunal que resuelve un recurso está delimitada por aquellos puntos de la decisión judicial que son tratados en los agravios debidamente expuestos por el recurrente, de conformidad con el Art. 459 Pr. Pn., es menester delimitar el ***thema decidendi***.

En este caso, puede notarse que el argumento medular en que se basa la sentencia absolutoria es que en el manejo de la evidencia se ha vulnerado la cadena de custodia, aspecto que la representación fiscal niega.

Tangencialmente en la sentencia se menciona que no se ha presentado el informe de la Dirección Nacional de Medicamentos, en el que se indique si el acusado posee o no autorización para importar, producir, fabricar, extraer, poseer o usar sustancia contraladas, describiéndolo como otra falencia en la investigación.

De ello se sigue que, la crítica del peticionario gira en torno a la valoración hecha por la juez respecto a la ***cadena de custodia***, **en la que menciona que no se genera certeza que se trate de la misma droga decomisada**, por lo que no se puede configurar el delito en comento, al no determinarse que se preservó la referida ***cadena de custodia***.

Dicho lo anterior, esta Cámara hace las siguientes consideraciones:

A.- Cadena de Custodia.-

1.- Sobre ella, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que:

"*La doctrina y la jurisprudencia generalmente aceptan que cuando hablamos de la cadena de custodia nos estamos refiriendo a una serie de procedimientos de índole técnico y científico, relacionados con la recolección, levantamiento y aseguramiento de los indicios o la evidencia material de un suceso delictivo, el cual tiene por finalidad su introducción válida al proceso, bien como prueba material o como elemento para ser analizado y obtener de ellos datos científicos que permitan descubrir la forma en que el ilícito se cometió o la participación de sus autores*" [Sala de lo Penal, Fallo 262C2013, Sentencia de las quince horas y veintisiete minutos del día catorce de mayo del año dos mil catorce].

El Código Procesal Penal la define así:

Art. 250. "***La cadena de custodia es el conjunto de requisitos que, cuando sea procedente, deben observarse para demostrar la autenticidad de los objetos y documentos relacionados con un hecho delictivo***".

La cadena de custodia, por ende, tiene el objetivo de evitar que la evidencia sea alterada, contaminada o que se cometa un error en la identificación de la misma, ya sea que se trate de sustancias, documentos o cualquier otro elemento relacionado de forma directa o indirecta con el delito o con circunstancias del mismo.

Para que el vicio señalado por el juez de sentencia se configure, **tendría que existir una infracción a ese conjunto de requisitos**, los cuales se encuentran desarrollados en el art. 251 Inc. 1° Pr. Pn. así:

"***Las personas que hayan tenido contacto con los objetos y documentos incautados o recolectados registrarán toda la información necesaria para facilitar la constatación de autenticidad de los mismos en las diferentes etapas de su manejo o utilización, tales como recolección, embalaje, transporte, análisis y custodia.***"

De lo que se desprende que, en lo que se refiere al procedimiento de aseguramiento de evidencia, se cumple con la cadena de custodia ***registrando la información*** necesaria para constatar la autenticidad de la evidencia, lo que supone ***que se deje constancia*** de los datos que rodean su ***recolección, embalaje, transporte, análisis y custodia***.

Lo anterior, adquiere mayor relevancia al verificar que como parte de la labor investigativa, existirá en algunas ocasiones la necesidad de manipular los objetos incautados a efecto de practicar en ellos ***experticias*** o cuestiones análogas, de tal suerte que para garantizar la incolumidad de la cadena de custodia, todo movimiento o manejo de éstos debe quedar debidamente documentado haciendo constar las características ya conocida de los objetos y si la experticia significó alguna variación en su cantidad o calidad.

Siguiendo lo establecido por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, la utilidad de la cadena de custodia:

"*De allí, que la finalidad primordial de la preservación de la cadena de custodia, sea garantizar la integridad de las cualidades esenciales de los medios probatorios resguardados, situación que es posible únicamente por medio de una correcta manipulación de la prueba, en donde quede plasmado claramente su*

recorrido durante todo el proceso, sin que deje ninguna duda sobre las diferentes fases que transitó, ni que en la misma haya sufrido alteración alguna.

No obstante lo anteriormente expuesto, este Tribunal ha sostenido en forma reiterada que para tener por establecida una ruptura en la cadena de custodia se requiere de la existencia de indicios precisos, establecidos mediante prueba directa que conduzcan a constatar inequívocamente la contradicción evidente entre la realidad de los elementos probatorios recolectados, y la finalidad emanada de los mismos atendiendo a su conservación y custodia. Por lo tanto, debe descartarse cualquier argumento que califique como dudosa la exactitud de un elemento de prueba, sin que sean respaldados en razones objetivas y válidas que permitan dudar ya sea de su identidad o de su contenido" [Fallo 120C2013, Sentencia de las nueve horas del día trece de mayo de dos mil quince] (Cursivas, negritas y subrayado es nuestro].

En ese orden de ideas, puede afirmarse que:

- Con la cadena de custodia se pretende evitar la alteración (y / o destrucción) de los indicios materiales al momento (o después) de su recopilación, y b) Dar garantía científica plena de que lo analizado en el laboratorio forense (o presentado en el juicio), es lo mismo recabado (o decomisado) en el propio escenario del delito (o en otro lugar relacionado con el hecho); y

- La misma aplicada sobre un objeto secuestrado o sustancia incautada será legítimamente objeto de cuestionamiento únicamente cuando se tengan indicios objetivos y concretos que ha habido una modificación injustificada de sus cualidades esenciale**s**, o en la documentación agregada para garantizar su integridad, y por supuesto, su resguardo."

AUSENCIA DE ANOMALÍAS EN CADA UNO DE LOS ACTOS EN LOS CUALES SE HA VISTO INVOLUCRADA LA EVIDENCIA

"2.- En el presente caso, es importante destacar que la investigación recae sobre un total de ochenta y ocho porciones pequeñas de material vegetal, que dieron resultado positivo a **Marihuana**, científicamente denominada como **Cannabis Sativa Lineo**, lo que originó la persecución penal por el delito de **Posesión** y **Tenencia**,

En la sentencia de mérito, como se ha mencionado supra, se observa un razonamiento que pretende establecer que no existe constancia sobre el manejo de ese material vegetal incautado, lo cual no le genera certeza que se trate de la misma droga decomisada.

En relación al particular, la Sala de lo Penal ha expresado:

"*En esa misma línea, se encuentran los precedentes dictados por este Tribunal que establecen lo sucesivo: "...la importancia de la cadena de custodia, estriba en garantizar el adecuado manejo de los materiales probatorios desde su identificación en la escena del delito, análisis en los laboratorios, hasta el envío del resultado pericial a la autoridad judicial que conoce del caso [...] a efecto de probar en el plenario que los cuerpos presentados en Vista Pública son realmente los mismos que se recuperaron al inicio, prohibiéndose todo tipo de alteración*

[…]

En efecto, en atención al fin último del proceso, cual es, la búsqueda de la verdad real, es imperante que se garantice con certeza los elementos de prueba utilizados en juicio, debiendo los sujetos que intervengan en el procedimiento, mostrar la debida diligencia en la fijación de la escena, levantamiento, manipulación, embalaje y resguardo de los objetos, según el caso.

De ahí, que esta Sala establezca como requerimientos para acreditar la ruptura de cadena de custodia, la concurrencia de indicios concretos, derivados de prueba directa que conlleven a la conclusión inequívoca que exista divergencia entre lo recolectado y lo presentado en juicio, tomando en consideración: "la identidad, conservación y custodia" [Fallo 202-CAS-2011, Sentencia de las nueve horas y diez minutos del día siete de octubre de dos mil trece].

En ese sentido queda claro que cuando se cuestiona la **cadena de custodia**, no puede hacerse bajo consideraciones de carácter especulativo, ni mucho menos dar por establecidos hechos o circunstancias fuera de los límites fácticos fijados o determinados objetivamente en el proceso, en tal sentido no puede desacreditarse bajo el argumento simplista de que no consta el manejo de la sustancia incautada al procesado y en su apreciación personal que no se puede determinar si se trata de la misma que se afirma se incautó a su cliente.

Como se ha mencionado, para estimar la ruptura de la cadena de custodia, deben concurrir indicios concretos, que lleven a la conclusión inequívoca de *que existe divergencia entre lo recolectado y lo presentado en juicio*, situación que en la presente sentencia no se invoca, pues en ella se observa que por el solo hecho que aparentemente no existe constancia documental sobre el manejo de lo incautado, lo cual no le genera certeza que se trate de la misma droga decomisada, concluye que se rompió la cadena de custodia.

De la simple lectura de la sentencia puede advertirse que el juzgador no expresa de manera precisa y objetiva cuales son los hechos sobre los que descansa la supuesta ruptura de la cadena de custodia, *si ha existido alguna alteración en la esencia del material vegetal* o *en los documentos en los que se plasmó su manejo*, o la incidencia que tenga la ausencia de declaración del agente y técnico[...] en alguno de esos elementos, simplemente hace una consideración sobre la falta de documentación sobre el devenir de lo incautado luego de su hallazgo, y a partir de ello formula su conclusión, afirmando de manera general y abstracta que se ha roto con la cadena de custodia.

Se observa que, no se determina si existen elementos objetivos para dudar de la identidad, calidad, cantidad o preservación del material vegetal; es más ni siquiera cuestiona estos aspectos, su apreciación únicamente radica en la supuesta ausencia de la referida documentación.

3.- No obstante haberse determinado que el Juez a-quo no expone de manera concreta una divergencia o alteración del material vegetal incautado, se considera procedente verificar si existen insumos que acrediten el manejo de la misma, y así encontramos que sobre dicho material vegetal ha sido posible comprobar que se han realizado acciones tendientes a su **recolección**, **resguardo** y **traslado**, con el objetivo de realizar sobre éste el respectivo análisis de sustancias controladas.

En virtud de ello, esta Cámara considera prudente desarrollar de manera rápida todos los pasos que se pueden constatar en el presente expediente respecto a la cadena de custodia del material vegetal incautado.

De acuerdo al acta de captura [fs. 06]; y las deposiciones de [...] -captor- [fs. 172, pág. 3 sentencia], y [...] -perito- [fs. 171 vto., pág. 2 sentencia], y el análisis de sustancia controlada, realizado por este último [fs. 06], se observa que:

Inicialmente, quienes llegaron donde el encartado fueron los agentes [...] y [...], quienes realizaban patrullaje preventivo en el **********, aproximadamente a las doce horas del cinco de julio de dos mil dieciséis, llamándoles la atención un sujeto que usaba zapatos Nike, de los que utilizan los miembros de la pandilla 18 sureños, se emitieron comandos verbales y los acató, el agente [...] le realizó un registro, encontrándole una bolsa en la mano derecha, cuando la abrió observó material vegetal dentro de ella, se trasladaron a la División Antinarcótico de Soyapango, les atendió [...], a quien ***le entregó*** la bolsa - en ella se contabilizaron 88 porciones de material vegetal -, persona que realizó la prueba de campo que dio resultado positivo a **Marihuana**.

En este punto este Tribunal considera oportuno indicar que, la circunstancia que se describe como elemento que llama la atención de los agentes policiales es completamente absurda, pues no puede inferirse de manera lógica y racional que toda persona que utilice zapatos marca Nike de determinadas características, pertenece a la pandilla 18 sureños, pues la utilización de algunas marca y/o estilo de calzado no establece un vínculo con la mencionada organización, ya que cualquier persona puede utilizar el que desee .

Continuando con el análisis, el material vegetal le quedó a [...], lo envolvió en cinta.

Luego, el seis de julio de dos mil dieciséis, el perito [...], realizo experticia físico química, a ochenta y ocho porciones de material vegetal que recibió en pequeñas bolsas plásticas transparentes anudadas y una bolsa plástica color gris; que tuvo a la vista dos bolsas plásticas transparentes selladas al calor con cinta adhesiva de color amarillo de la División Antinarcóticos.

Después, en vista pública el agente **[...]**, expresó:

- A preguntas de defensa, que le entregó la droga al perito, quien la embaló y la guardó, y

- A los cuestionamientos de la fiscalía manifestó que incautó una bolsa gris que decía Walmart, y en el interior bolsitas transparentes, anudadas dentro de ellas se observaba material vegetal, observó cuando el perito embalo la evidencia, en esa bolsa gris y la envolvió en cinta.

También en juicio, el testigo [...] refirió que realizó experticia físico química a ochenta y ocho porciones de material vegetal, y que recibió la droga de [...].

El perito [...], en su deposición expresó que recibió la evidencia el seis de julio de dos mil dieciséis, un día después de que el testigo [...] interceptado al señor [...] y se la incautó.

Como se ha dicho, el material vegetal fue incautado por [...], se lo entregó a [...] y este a su vez a[...], de la División Antinarcóticos quien realizó la experticia dándole como resultado positivo a **Marihuana**, científicamente denominada como **Cannabis Sativa Lineo**, con un peso de doscientos diecisiete punto cua-

tro gramos [217.4 g.], y un valor comercial aproximado de doscientos cuarenta y siete dólares ochenta y tres centavos.

En esta tesitura se puede observar, cuales son las personas a cuya custodia se encontraba la droga, las descripción de su embalaje, ochenta y ocho porciones [distribución interna de la sustancia], envoltorios de plástico transparente y color gris, sujetados en una bolsa más grande cubierta con cinta adhesiva color amarillo de la DAN, pudiéndose determinar que las cantidades que se mencionan son coincidentes, por lo que no es factible concluir que se ha realizado un manejo ilegal o ilegitimo de las evidencias y/o una ruptura de los requisitos o reglas para su correcto manejo y conservación.

Es pertinente resaltar nuevamente que el juzgador no denuncia una ***alteración sustancial en lo incautado***, ***en la documentación*** en que se deja constancia de su manipulación [análisis de la misma], o ***en las versiones de los dos testigos***, que tuvieron contacto con ella - los dos de manera directa-, sino únicamente en una aprehensión personal en la que se infiere que no existe evidencia del manejo de la evidencia, cuando en realidad si existen elementos documentales en los que constan los nombres de personas que estuvieron contacto con la misma y prueba testimonial que afirma ese contacto [aun cuando no sea requirió la acreditación de éstas].

Estos argumentos no afectan lo relativo a la cadena de custodia pues como se mencionó anteriormente, ***su vulneración debe ser establecida en base a elementos objetivos que determinen que las reglas y/o requisitos de conservación se han roto*** y que por ende se desconfía que la evidencia sea la misma que se incautó, lo cual en este caso no se ha determinado, es más el Juez A-quo ni mínimamente hace consideraciones al respecto.

En otras palabras, no se ha determinado la existencia de anomalías en cada uno de los actos en los cuales se ha visto involucrada la evidencia, por lo que *no se puede determinar la vulneración a la denominada cadena de custodia*, alegada por el sentenciador, no siendo atendible su argumento.

En conclusión, es posible asegurar que en todo momento se ha comprobado que se trata del mismo material vegetal a lo largo de todo el proceso, por lo que no es posible que se deje de analizar dicha prueba por parte del Tribunal Sentenciador.

Por tanto se colige que ha existido errónea aplicación de los art. 250, 251 y 252 Pr. Pn., ya que la Juez Sentenciadora ha considerado que ha existido rompimiento de la cadena de custodia cuando en realidad no se han presentado los elementos suficientes que hagan concluir que lo incautado no es el mismo material vegetal núcleo de este proceso."

AUSENCIA DEL INFORME DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS NO EQUIVALE PER SE A QUE EL DELITO DE POSESIÓN Y TENENCIA NO SE PUEDA ACREDITAR, CUANDO EXISTEN OTROS ELEMENTOS PROBATORIOS E INDICIOS

"B.- Ausencia del Informe de la Dirección Nacional de Medicamentos.-

1.- El Juez del Tribunal Quinto de Sentencia de esta ciudad, afirmó que no se cuenta con el informe de la Dirección Nacional de Medicamentos, que determine si el acusado está autorizado para importar, producir, fabricar, extraer, poseer o

usar sustancia contraladas, definiendo esto como otra de las falencias investigativas de la fiscalía.

Sostiene que la misma se ofreció en el dictamen de acusación, se admitió, pero que la representación fiscal no la presentó, por lo que en juicio prescindió de ella.

Sobre el particular esta Cámara advierte que:

Dentro del presente expediente se observa que la Juez de Primera Instancia de Tonacatepeque en el auto de apertura juicio [fs. 75-78] admitió Informe de la Dirección Nacional de Medicamentos.

En juicio la representación fiscal efectivamente prescindió de dicho informe [fs. 151], por lo que en principio apriorísticamente se pensaría que lleva la razón el sentenciador, sin embargo:

La ausencia de una constancia emitida por la Dirección Nacional de Medicamentos **no debe entenderse como el punto clave para establecer la insuficiencia de elementos de certeza o la inexistencia del ilícito atribuido**, puesto que deben considerarse las circunstancias objetivas que rodearon el hecho, las condiciones del lugar en el que fue detenido, la cantidad y la calidad de la droga incautada, así como los indicios suficientes para establecer la disposición de la sustancia para consumo de terceros.

Si bien el juez A Quo, señaló de importante establecer si el imputado se encontraba autorizado para realizar determinadas actividades con la droga incautada, debe acotarse que la acreditación de la falta de autorización de la tenencia de sustancias prohibidas puede ser conformada a partir de otros elementos que pueden construirse a nivel intelectivo, como una de las facultades del juzgador.

Como parte de la correcta aplicación de las reglas de la sana crítica, podemos encontrar la lógica y la experiencia; al hablar de la primera de ellas se hace una remisión a las leyes del pensamiento, que se presentan a nuestro raciocinio como leyes a priori, y que son necesarias, evidentes e indiscutibles; es decir, es el razonamiento que el juez debe emplear constituido por leyes fundamentales de la coherencia y derivación, aunado a los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente.

La coherencia, alude a la concordancia, correspondencia y armonía de los elementos que conforman el raciocinio del pensamiento. De éste se derivan los principios formales del pensamiento, identidad, contradicción y tercero excluido. La derivación, consiste en que cada uno de esos elementos del pensamiento que se encuentran relacionados entre sí, provengan el uno del otro.

De éste deriva el principio lógico de razón suficiente, en virtud del cual todo juicio o conclusión o razonamiento debe estar cimentado en una razón o motivo que la justifique. En materia judicial, en atención a ese principio, *"… el razonamiento debe estar constituido por inferencias razonables deducidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones que en virtud de ellas se vayan determinado, a la vez que de los principios de la psicología y la experiencia común."* (DE LA RÚA, FERNANDO: "LA CASACIÓN PENAL", 2 edición, Depalma, 1994, Buenos Aires, pág. 159).

2.- En ese sentido, es viable examinar que en ejercicio a las reglas de la sana crítica, se pueden extraer aspectos decisivos en el proceso; uno de ellos es la cantidad de droga y la forma en que se encontraba embalado el material vegetal,

en una bolsa de supermercado - empaque completamente informal - segmentada en ochenta y ocho porciones y que cada una se encontraba envuelta en pequeñas bolsas de plástico, lo que evidencia cierto nivel de clandestinidad en la forma en que se poseía la misma.

Lo anterior en atención a que la lógica y la experiencia común nos indican que una persona que transporta droga o sustancias controladas, con la correspondiente habilitación legal para ello, la embalara y trasportara de una forma correcta y formal, lo cual no ocurre en el presente caso.

Sobre este punto, es importante señalar como determinante la calidad y cantidad de la droga, la cual sí es considerable, doscientos diecisiete punto cuatro gramos [217.4 g.], lo que denota un potencial daño a la salud pública, del cual también se puede extraer las condiciones de manipulación de la sustancia de forma inadecuada como otro factor que evidencia que el manejo no era el apropiado para una sustancia o material vegetal legítimo.

Es evidente además el conocimiento que a una persona promedio, e incluso con poca formación académica se le puede exigir sobre la licitud de la posición de la **Marihuana**, pues la deducción lógica que se puede derivar es que un sujeto habitante de una zona urbana - vecino de ********** -, es que ha tenido acceso a información para tener el discernimiento que el portar droga sin la respectiva autorización para ello es ilegal.

En abono a lo dicho, a partir del sustrato fáctico, y con relación a la cantidad de droga incautada, su forma de embalaje, y que tiene un valor económico aproximado de doscientos cuarenta y siete dólares ochenta y tres centavos, se puede apreciar que se rebasa lo que normalmente sería permisible poseer para uso personal o incluso como reserva de un sujeto que sea consumidor consuetudinario del mencionado material vegetal, y que además cuente con los recursos económicos para su abastecimiento.

Es así como ese *quantum* no puede calificarse como ínfimo, sino todo lo opuesto, se tiene la probabilidad que su división en ochenta y ocho porciones sea con el objetivo de introducirla al ciclo económico de la droga.

3.- Por ende, el hecho de no haberse presentado por parte de la fiscalía el informe extendido por la Dirección Nacional de Medicamentos que exprese que el procesado está o no autorizado para la tenencia de la droga incautada, es sólo un elemento más de todo el acervo probatorio que la actividad investigativa debe generar dentro del respectivo proceso penal. Y en el cual, también deben tomarse en cuenta los pertinentes elementos de descargo que el mismo imputado quiera introducir al informativo.

Los suscritos consideramos necesario hacer algunas acotaciones referidas a la carga de la prueba.

En principio la acusación es obligación del ente investigador del delito y en él recae la carga de probar su imputación, de conformidad con los arts. 5 y 6 parte final Pr. Pn., también se ha establecido, como una garantía del procesado, la presunción de inocencia, como premisa a romper con base en la acreditación probatoria.

La conjunción de estas obligaciones se traduce en el deber del acusador de aportar elementos de convicción para sustentar los hechos que imputa, de manera que no caben las conclusiones sin premisa, como la presunción infun-

dada de culpabilidad o la responsabilidad objetiva, al carecerse totalmente de evidencia respecto de la voluntad o el conocimiento que el procesado tiene de la conducta.

Pero tales garantías no deben confundirse con una obligación general de la representación fiscal de probar, además de la imputación, la falsedad o error de las contra argumentaciones o posibles hipótesis de refutación.

Contra la imputación no se requiere que el imputado presente prueba, pero tampoco se le impide hacerlo si lo desea, aunque le basta guardar silencio si esa es su preferencia; no obstante, en el presente caso, aunque no esté obligado a hacerlo, el indiciado no ha ofrecido probar que se encuentra autorizado para tener o portar marihuana, lo que resultaría lógico si es que poseyere la menciona autorización.

Dicho lo anterior, este tribunal debe aclarar que la omisión del deber de investigación sobre el informe de la Dirección Nacional de Medicamentos, no equivale per se a que el delito no se pueda acreditar, pues existen diferentes elementos probatorios e indicios que podrían establecer el delito y en ese caso también la participación del imputado en el mismo."

PROCEDE ANULACIÓN DE SENTENCIA ABSOLUTORIA POR EXPRESAR ARGUMENTOS Y CONCLUSIONES QUE NO SON COMPATIBLES CON LOS DATOS QUE SE DERIVAN DE LA PRUEBA

"C.- Precisa ahora determinar cuáles serán los alcances de las anteriores conclusiones para con el proceso penal y sentencia impugnada.

Como punto de partida es pertinente indicar que el art. 475 inc. 2° Pr. Pn., bajo el epígrafe "***FACULTADES RESOLUTIVAS DEL TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA***", establece que según corresponda las Cámaras de segunda instancia en el marco de un recurso de apelación contra sentencias definitivas, poseen la facultad de confirmar, reformar y **anular la sentencia recurrida**, las cuales estarán en función de algunas variables, tales como: los puntos de agravio expuestos por el recurrente y lo expresado por la contraparte en la contestación del recurso, el tipo de motivo alegado, tipo de sentencia (absolutoria o condenatoria), la pretensión del recurrente, y en algunos casos el tipo de prueba que desfiló en la vista pública.

En caso de anulación total o parcial de la sentencia, ordenará la reposición del juicio por otro tribunal.

Especial mención requieren las siguientes variables:

- El tipo de decisión que se adoptó, que es una **sentencia absolutoria**;

- El motivo alegado, que parte de los datos que se extraen de la prueba vertida en la vista pública, que es principalmente prueba testimonial, que se encuentra en el rango de las pruebas personales, así como algunas documentales, versando concretamente en la inferencia que de esos datos se hace, en torno a la ***cadena de custodia*** y ausencia de presentación de ***informe de la Dirección Nacional de Medicamentos***, y consecuentemente con ello la acreditación del hecho punible y la participación del imputado en el mismo.

La relevancia de esas variables al ser analizadas en su conjunto, es que condicionan las facultades de esta Cámara en el presente caso, porque el juez A

quo, se decantó por enfatizar anomalías en el manejo de la evidencia y afirmar la ausencia de un informe.

Esta Cámara después del respectivo análisis de fondo determinó que se han erróneamente aplicado los art. 250, 251 y 252 Pr. Pn., y se ha infringido la **ley de derivación de los pensamientos** - regla de la lógica -, evidenciándose un vicio en la sentencia recurrida, art. 400 N° 5) Pr. Pn., en relación al análisis inferencial que se hizo a partir de la reconstrucción mental de las evidencia - ausencia del informe, sin visualizar que los supuestos podían inferirse a través de otros elementos -; elementos probatorios y cuadro fáctico que a su vez habrá de ser la base para hacer la subsunción de los hechos al derecho, y **determinar si existe o no una acción ilícita y participación delictual**, por lo que se impone como solución **anular el juicio y la sentencia**.

Como derivado de ello queda latente todo lo referente a la acusación formulada, por lo que corresponde **un nuevo análisis inferencial probatorio**, el cual siempre tiene como punto de partida la prueba y los datos que esta arroja, lo que implica necesariamente la inmediación.

Como se sigue, el art. 347 Pr. Pn., establece que las nulidades absolutas señaladas en el art. 346 del mismo Código no podrán cubrirse ni aún con expreso consentimiento de las partes y ***deberán declararse a pedimento de éstas o de oficio, en cualquier estado o grado del proceso***.

Consecuentemente con lo anterior, se ordenará la reposición del juicio y de la sentencias, sin embargo, en vista que la nulidad obedece a un vicio que se origina a partir de las **conclusiones de los datos derivados de la valoración de la prueba** [análisis inferencial], aspecto en el cual el juez [...], del Tribunal Quinto de Sentencia de esta ciudad, expresó argumentos y conclusiones no compatibles con los datos que se derivan de la prueba, y aunque estos no sean compartibles para esta Cámara, no sería dable obligarle a realizar un nuevo juicio imponiéndole un criterio, así mismo al haber analizado la prueba, para garantizar la **imparcialidad** judicial y evitar cuestionamientos sobre la objetividad de lo resuelto, resulta procedente **reenviar** el presente proceso a otro Tribunal de Sentencia para que se celebre un nuevo juicio y emita la sentencia correspondiente.

En ese sentido, se deberá emitir por parte de la Secretaría de la Cámara, oficio a la Oficina Distribuidora de Procesos del Centro Integrado de Justicia Penal Doctor Isidro Menéndez, a efecto que se designe a que **Tribunal de Sentencia de esta ciudad**, le corresponderá la celebración del nuevo juicio."

RESOLUCIONES PRONUNCIADAS POR LAS CÁMARAS DE SEGUNDA INSTANCIA QUE ANULAN LA SENTENCIA O EL JUICIO NO ADMITEN RECURSO DE CASACIÓN

"D.- De acuerdo a la sentencia de casación con referencia 245-C-2013, pronunciada a las ocho horas con cuarenta y tres minutos del seis de mayo de dos mil catorce, las resoluciones pronunciadas por las cámaras de segunda instancia que anulan la sentencia o el juicio no admiten recurso de casación en tanto no son sentencias definitivas, no ponen fin al proceso ni hacen imposible o dificultan su continuación, motivo por el cual se hará remisión inmediata de la presente junto con el expediente a su Tribunal de origen para que este a su vez lo remita al tribunal que se designe para la celebración del nuevo juicio."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 449-2017, fecha de la resolución: 16/02/2018

CÁMARA GESELL

INSTRUMENTO PROCESAL DE PROTECCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS EN LA DECLARACIÓN, PARA EVITAR SU REVICTIMIZACIÓN

"ii**.** En razón de lo anterior, se debe analizar la herramienta de la Cámara Gesell, como instrumento procesal de protección a víctimas y testigos en la declaración que surge en la tramitación del proceso penal.

Y es que la esencia de la declaración en cámara Gesell tiene como base constitucional lo establecido en el artículo 35 CN, que dice.

"El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia".

De ahí se justifica que se garantice la facilidad de rendición del testimonio de niñas, niños y adolescentes víctimas o testigos de delito, en un ambiente distinto a los que tradicionalmente se utiliza en el juicio, sin la formalidad requerida en un juicio con personas adultas y realizado por el personal idóneo, para luego ser reproducido durante la vista pública, garantizando la no confrontación con la persona imputada, el no ser repreguntada y que su testimonio se tome incluso como anticipo de prueba, para evitar la victimización secundaria.

Cabe resaltar que en cuanto al momento en el que se debe realizar la declaración en cámara Gesell se emitirá pronunciamiento en los párrafos posteriores.

Ahora bien, la protección constitucional a la que se ha hecho referencia tiene como objetivo garantizar el buen desarrollo, tanto físico, como mental y moral, de grupos que, históricamente se consideran como vulnerables, por el hecho de contar con ciertas características que los hacen susceptibles de sufrir conductas ante las que no se pueda reaccionar. La protección aludida, aplica para niñas, niños y adolescentes, es decir, personas menores de dieciocho años.

Sin embargo, el uso de la Cámara Gesell, no responde exclusivamente a la protección antes enunciada, el mismo, en términos generales, es utilizado especialmente en mecanismos de interrogatorio, a efecto de que estos se desarrollen sin presiones, por lo que, también puede aplicarse a personas mayores de edad, es decir a cualquier persona en condición de vulnerabilidad, ya sea por condiciones de salud, psicológicas e incluso por pertenecer al estamento de la tercera edad, en aras de proteger su integridad física y moral o evitar la prolongación del daño ocasionado por algún delito en el que se hayan visto afectadas las esferas antes mencionadas."

PUEDE APLICARSE A CUALQUIER PERSONA EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD Y EN TODO TIPO DE PROCESO

"Es de resaltar que el uso de cámara Gesell pretende la protección jurisdiccional de todas aquellas personas que han sido víctimas o testigos de un delito, pero que necesitan una salvaguarda diferente para evitar su revictimización o en el caso de los testigos que puedan dar su versión en condiciones menos agresivas.

En caso de los niños, niñas y adolescentes, dicha disposición jurisdiccional se ve reflejada en lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, mismo que expone lo siguiente:

"Se garantiza a las niñas, niños y adolescentes el acceso gratuito a la justicia; lo cual incluye, entre otros elementos, los siguientes: […]

d) Facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales ni hostiles; y de considerarse necesario, por medio de circuito cerrado o teleconferencia, y grabación de su testimonio para facilitar su reproducción en audiencia administrativa o judicial, cuando sea posible y necesario" .

Dicha disposición establece la facilidad de rendición de testimonio de niños, niñas y adolescentes, como una manifestación del derecho de acceso a la justicia, tomando en cuenta siempre que dicha protección se busca en razón de la condición de vulnerabilidad de dichas personas. De ahí que debe atenderse que se considerarán en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental **o** por circunstancias sociales, económicas, étnicas **y/o** culturales, encuentran especial dificultad para ejercer con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico; la concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

En dichos términos se describe en las *"Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad",* del año dos mil ocho.

Con todo ello, es necesario advertir que la herramienta de la cámara Gesell puede y debe ser utilizada en todo tipo de proceso, sea judicial o administrativo, pues el mismo busca garantizar un ambiente no hostil para la protección reforzada de las niñas, niños, adolescentes o cualquier otra persona en condición de vulnerabilidad - aunque no sean menores de edad -, en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia, guardando su característica de pronta y cumplida, pero guardando que, en estos casos, no sea hostil.

En la rendición del testimonio, las personas **deben** ser tratadas con el debido respeto de su dignidad humana, especialmente en lo relativo a su autonomía personal e integridad física y moral; por lo que no se deben permitir la realización de preguntas que dañen la salud, moral o aspectos psicológicos que dañen la salud, moral o aspectos psicológicos de la persona sometida al proceso."

Cabe destacar que, durante la tramitación del proceso penal, al hacerse uso de la herramienta de Cámara Gesell lo recomendable es hacerlo por medio de un anticipo de prueba y preferentemente ajena a la Audiencia de Vista Pública, debido a que si lo que se busca prioritariamente es evitar la revictimización, carece de lógica que se exponga a la víctima a ser interrogada innumerables veces, aun y cuando se haga mediante este mecanismo, pues los beneficios, especialmente en el caso de las personas menores de dieciocho años, es que pueda brindar su declaración y apartarles del proceso principal, para que cuanto antes puedan iniciar su recuperación conforme lo recomienden los profesionales de las ciencias de la psicología o la psiquiatría, según el caso.

En cuanto al límite de edad, podría llegarse a entender que el uso de cámara Gesell se enfoca únicamente en personas menores de edad (es decir, que encaje en la categoría de niño, niña y adolescentes). Sin embargo, tal y como se ha establecido anteriormente en la presente resolución, dicha herramienta se encuentra dirigida a personas en condiciones de vulnerabilidad, en donde más allá

de las categorías aludidas se puede aplicar a personas que se les ubique como *vulnerables* en razón del *género, estado físico o mental* ***o*** *por circunstancias sociales, económicas, étnicas* ***y/o*** *culturales, encuentran especial dificultad para ejercer con plenitud ante el sistema de justicia*. De ahí que se admita que no solo se podrá aplicar en personas menores de edad, sino que puede utilizarse con personas mayores de edad, siempre y cuando se comprueben las condiciones expresadas anteriormente.

En ese sentido, los artículos 213 y 305 CPP establecen las reglas procesales para la declaración de menores de edad, en donde el primero dice:

"El interrogatorio de una persona menor de edad estará sujeto a las modificaciones siguientes:

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

b) En caso de ser necesario, el juez podrá autorizar el interrogatorio de un testigo menor de edad utilizando los medios electrónicos o de teletransmisión que sean indispensables, para salvaguardar su integridad y siempre respetando los principios de la vista pública.

c) El interrogatorio deberá realizarse previa declaratoria de reserva total o parcial de la audiencia según el caso".

Mientras que el segundo de los artículos mencionados establece:

"En cualquier momento del proceso las partes podrán pedir al juez que reciba una declaración anticipada, cuando exista un obstáculo difícil de superar, que haga presumible que tal declaración no podrá realizarse durante la vista pública.

Se considerará obstáculo difícil de superar cuando el testigo se encuentre en las situaciones siguientes: […]

5) Cuando el testigo sea menor de doce años, previo dictamen psicológico o psiquiátrico, que evalúe su condición física y psicológica".

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 391-2018, fecha de la resolución: 08/11/2018

COAUTORÍA

DISTRIBUCIÓN DE FUNCIONES ENTRE DIVERSOS PARTICIPANTES, QUE ABONA A LA REALIZACIÓN DEL HECHO O FIGURA TÍPICA

"Al respecto es de establecer respecto de la coautoría, que en esta existe una especie de distribución de funciones entre los diversos partícipes, de tal suerte que las acciones individuales de cada uno, concurre a la realización de la figura típica. Por lo que en esta especie de codominio, la aportación de cada uno, determina la ejecución del ilícito, del mismo modo que el desistimiento en el momento consumativo, podría abortar el resultado final; y por tales razones, en la generalidad de los casos, toda colaboración esencial durante la fase ejecutiva

del delito, ha de ser considerada como un acto de coautoría, porque abona directamente a la realización del hecho típico."
Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, número de referencia: 202-2018, fecha de la resolución: 19/07/2018

COMPETENCIA POR MATERIA

SUPUESTOS EN QUE SE PUEDEN OPONER LAS EXCEPCIONES DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO, SEGÚN SU NATURALEZA Y SUS EFECTOS

"F) Esta Cámara, luego de analizados los argumentos que motivan el presente recurso de apelación, con base a la relación concatenada de los actos procesales relacionados supra, se hacen las siguientes CONSIDERACIONES:

Las excepciones son un medio de defensa de carácter formal, a través de las cuales se pueden obtener la suspensión del trámite del proceso penal o poner fin al mismo. Alfredo Vélez Mariconde define a las excepciones como "el derecho de impugnar, provisional o definitivamente, la constitución o el desarrollo de la relación procesal, denunciando algún obstáculo o deficiencia que se base directamente en una norma de derecho (no incide sobre el hecho que constituye el objeto sustancial de aquella relación) (...), con la excepción no se provoca el examen de hecho imputado sino que, en virtud de otro hecho jurídico (lato sensu), se trata de evitarlo..." (Alfredo Vélez Mariconde, Derecho Procesal Penal: Tomo II, tercera edición, Córdova, p. 385); la doctrina mayoritaria se decanta por considerar que las excepciones de carácter procesal no versan sobre el ius puniendi, sino que recaen sobre el ius procedendi, es decir que todas las excepciones buscan que no sea admisible la constitución o el desarrollo de la relación procesal.

Existen además dos clases de excepciones procesalmente hablando que pueden ser opuestas por las partes en contienda mientras dure el procedimiento. Estas son: Excepciones Dilatorias: que son aquellas que buscan impedir el surgimiento o desarrollo de la relación procesal, paralizando el proceso hasta que desaparezca el hecho que lo originó y las Excepciones Perentorias: que son aquellas que atacan el fondo del asunto y su declaratoria se traduce en dictar un sobreseimiento definitivo.

El Art. 312 del Código Procesal Penal, respecto a las excepciones de previo y especial pronunciamiento establece literalmente cuatro supuestos en que se pueden oponer, las cuales atendiendo a su naturaleza y efectos pueden clasificarse en dilatorias o perentorias, siendo estos: 1) por incompetencia; 2) por falta de acción, porque ésta no se pudo promover, no fue iniciada legalmente o no puede proseguir; 3) por extinción de la acción penal; y 4) cosa juzgada. La controversia en el caso de alzada estriba en determinar la procedencia o no, de la excepción dilatoria contenida en el art. 312 No. 1) del Código Procesal Penal, el cual establece: "Las partes podrán oponer las siguientes excepciones de previo y especial pronunciamiento: (...). NUMERAL 1) Incompetencia"."

CLASIFICACIÓN DE ORGANISMOS ORDINARIOS COMUNES Y ESPECIALIZADOS ENCARGADOS DE EJERCER PERMANENTEMENTE LA COMPETENCIA PENAL, SEGÚN EL LEGISLADOR

"La COMPETENCIA es un presupuesto procesal indisponible, útil para el correcto funcionamiento del proceso penal que se sigue en contra de una persona a quien se le imputa la realización de un hecho delictivo; su determinación tiene como objeto la correcta administración de justicia. En ese sentido el conflicto penal debe ser dirimido ante la competencia material del juez penal que corresponde, congruente con ello, el art. 49 del Código Procesal Penal establece cuáles son los organismos ordinarios y especializados que tienen competencia penal y que dice literalmente: "Son organismos ordinarios comunes que ejercen permanentemente competencia penal: la Corte Suprema de Justicia, la Sala de lo Penal de la misma, las Cámaras de Segunda Instancia y los Juzgados de Primera Instancia a los que la ley dé tal competencia, y los Juzgados de Paz. Son organismos ordinarios especializados los Juzgados y Cámaras de Segunda Instancia a quienes se les ha otorgado tales competencias. Asimismo, son organismos comunes que ejercen permanentemente competencia penal los Juzgados y Cámaras de Tránsito. A los primeros corresponderá la instrucción formal en los casos de delitos cometidos en accidente de tránsito. Son organismos especiales que ejercen competencia penal, los Tribunales y Jueces Militares, los cuales se regirán por las leyes de la materia". Es decir, el legislador al referirse a la competencia del juez/tribunal, se refiere al contexto del proceso penal y por consiguiente, la declaratoria de incompetencia no se circunscribe a que el juez penal determine que el proceso no es de su competencia porque debió instaurarse en otras materias del derecho como por ejemplo: familia, laboral, civil o mercantil. En ese sentido, la excepción de incompetencia por razón de la materia procede cuando se advierte que el enjuiciamiento penal corresponde ventilarse ante otro juez con competencia penal distinta, así por ejemplo, los tribunales especializados tienen competencia en materia penal, en aquellos supuestos en que el hecho criminal se haya realizado bajo la modalidad de crimen organizado como se establece en el art. 1 de la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja. En ese supuesto, si el hecho delictivo no encaja en ninguno de los delitos bajo la modalidad de crimen organizado, el Tribunal Especializado no tiene competencia en razón de la materia y será admisible declarar la excepción, debiendo remitirse las actuaciones al juez penal con competencia material, que para el caso sería el tribunal ordinario, siempre en materia penal.

Por lo que se concluye que la COMPETENCIA MATERIAL se refiere a la repartición de competencia funcional que tienen en el ámbito penal los diferentes organismos ordinarios comunes y organismos ordinarios especiales."

PROCEDENTE DECRETAR SIN LUGAR LA EXCEPCIÓN DILATORIA POR INCOMPETENCIA EN LA MATERIA FUNCIONAL, CUANDO EL RECURRENTE UTILIZA INJUSTIFICADAMENTE EL RECURSO COMO UNA TÁCTICA DILATORIA

"Bajo ese orden de ideas, el recurrente interpuso un recurso de apelación, cuando todavía era parte en proceso, en el que alegó una excepción dilatoria

por incompetencia en razón de la materia funcional, bajo el argumento de que la Cámara de la Cuarta Sección de Santa Tecla, anulo totalmente la sentencia por falta de fundamentación intelectiva, y que el art. 475 en su inciso segundo Pr. Pn., dice textualmente: "...En caso de anulación total o parcial de la sentencia, ordenará la reposición del juicio por otro tribunal, salvo cuando la anulación se declare por falta de fundamentación, en cuyo caso, corresponderá al mismo tribunal.".

Esta petición que se alegó inicialmente ante el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, le fue declarada sin lugar, y posteriormente se recurrió de dicha decisión bajo los mismos argumentos ante esta Cámara, siendo tal decisión la que se analiza a continuación.

En tal sentido, estamos ante la presencia de un procedimiento común, donde el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, legalmente designado por un Tribunal Superior, tiene total jurisdicción y competencia, y además se trata de una sentencia definitiva absolutoria que fue anulada en su totalidad por falta de fundamentación intelectiva, y en la que se fundamentó por parte del Tribunal de Alzada las razones jurídicas por las cuales se reenviaba a un tribunal de sentencia distinto al que conoció la primera vista pública, tal como consta […] y específicamente relacionado: "...en el presente caso se ha establecido que el yerro cometido por la señora jueza a quo, constituye una total falta de fundamentación intelectiva, con respecto a todos los elementos de prueba que fueron inmediados en la correspondiente vista pública, por lo que es necesario que todos esos medios de prueba vuelvan a ser producidos ante otro Tribunal de Sentencia que inmedie la prueba y haga una correcta valoración de la misma de conformidad a todas las reglas antes enunciadas, y además, detalle de forma clara las razones por las cuales arriba a una determinada conclusión, y no se vulneren las reglas de la sana crítica..."; en tal sentido se le está dando la oportunidad al procesado de que exista nuevamente un juicio de valor, sin que concurra cualquier prejuicio formado para el presente caso y le garantice una resolución con total imparcialidad. Así mismo, la anulación total de la sentencia, trae consigo una revalorización de todos los elementos de prueba en juicio, y no se trata de una simple complementación razonada, tal como lo fundamentó la Cámara de la Cuarta Sección del Centro.

Por lo que con base a los argumentos expuestos supra, esta Cámara, considera que la petición del recurrente no es más que una táctica dilatoria injustificada, y deniega la pretensión, por no concurrir la excepción dilatoria por incompetencia en razón de la materia funcional.

En consecuencia, el Tribunal Tercero de Sentencia designado por la Cámara de la Cuarta Sección del Centro de Santa Tecla, para conocer de la audiencia de vista pública en contra del imputado […], por la presunta comisión de los delitos calificados como OTRAS AGRESIONES SEXUALES, ACOSO SEXUAL y EXPRESIONES DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES, tipificados y sancionados en los arts. 160 y 165 del Código Penal, y el art. 55 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia contra las Mujeres, en perjuicio de la víctima […], ES LEGALMENTE COMPETENTE, para seguir conociendo de la causa penal y celebrar lo más pronto posible la audiencia de vista pública."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-35-2018, fecha de la resolución: 23/02/2018

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIÓN

NECESARIO QUE EL JUZGADOR EXPLIQUE CON ARGUMENTOS PRECISOS EL PORQUÉ INAPLICA UN TEXTO NORMATIVO CONTRARIO A LA CONSTITUCIÓN

"i. En primer lugar, cabe resaltar que el control difuso, descrito en el artículo 185 de la Constitución de la República, el cual se ha transcrito anteriormente, consiste en una facultad judicial, amparada por la Constitución, en la que se permite que el Juez que conozca de alguna causa inaplicar alguna ley o alguna disposición, por considerar que la misma contradice el texto de la Constitución.

Por supuesto, que para aplicar dicho control será necesario que el Juez exponga los argumentos por los que estima que el texto inaplicado contradiga la Constitución, es decir, no basta con la mera enunciación de inaplicabilidad, sino que será necesario que se expliquen las razones precisas de su inaplicabilidad.

Ahora bien, dicha figura puede ser solicitada por alguna de las partes, para que el Juez se pronuncie al respecto y proceda en la forma establecida en la Ley de Procedimientos Constitucionales, sin embargo es necesario que se expongan los motivos, de manera técnica y precisa, por los que se considera que las disposiciones a utilizar deben ser inaplicadas, para que de esa manera el Juez proceda a la aplicación del control difuso – anteriormente expuesto –."

CONTROL DIFUSO ES UNA FACULTAD EMINENTEMENTE JUDICIAL CUYA INAPLICABILIDAD LE CORRESPONDEN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

"Se advierte que en el presente caso, el apelante en ningún momento ha hecho relación a los motivos que pueden justificar la inaplicabilidad del artículo 2 de la Ley Especial Contra el Delito de Extorsión, es decir que no existe pronunciamiento sobre las razones constitucionales por las que dicha disposición contraviene el texto constitucional, lo cual obstaculiza comprender lo solicitado por el apelante.

Más allá de lo expuesto se hace notar que el control difuso es una facultad eminentemente judicial que depende categóricamente del criterio judicial del funcionario que esté dispuesto a aplicar la norma, por lo que no será posible aplicar la inaplicabilidad si para el Juez no existen argumentos que permiten identificar que la disposición contraviene a la Constitución."

NO ES SUSCEPTIBLE DE DECLARAR LA INAPLICABILIDAD DE UNA DISPOSICIÓN LEGAL CUANDO YA EXISTE PRONUNCIAMIENTO PREVIO SOBRE UN TEMA EN PARTICULAR POR PARTE DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL

"ii. En segundo lugar, esta Cámara ha revisado el acta de vista pública en la que se planteó que el defensor trajo a colación la discusión de inaplicar la disposición mencionada, en la fase incidental de la vista pública, en donde la Juez del Tribunal Segundo de Sentencia, […], dijo que no llevaría a cabo la inaplicabilidad por existir un pronunciamiento previo al respecto de dicho tema por parte de la Sala de lo Constitucional.

En ese sentido, este Tribunal de apelaciones concuerda con dicho pronunciamiento judicial, pues a las quince horas con cuarenta minutos del veintisiete de octubre dos mil diecisiete, en el expediente marcado con referencia 30-2016 se pronunció sobre la Ley en mención, sobre la que concluyó lo siguiente:

"Declárase que en el art. 2 inc. 2° de la Ley Especial contra el Delito de Extorsión no existe la inconstitucionalidad alegada por la supuesta vulneración a los arts. 27 Inc. 3° de la Constitución, ya que resulta admisible constitucionalmente para el legislador que, en el marco de la pena abstracta en delitos que puedan considerarse de una indiscutible lesividad social, se pueda tomar en cuenta consecución de fines preventivo-generales; y, por ende, adecuar la sanción penal conforme a tales finalidades".

Así mismo, dijo que dicha disposición cuenta con el respaldo constitucional por "tratarse de un delito de naturaleza pluriofensiva y de resultado cortado, que reporta una lesión al sentimiento de seguridad personal con el mero ejercicio de la amenaza, aún y cuando el patrimonio y el orden socio-económico puedan resultar ulteriormente afectados. De igual forma, resulta admisible la extensión del concepto de autor en el delito de extorsión – coautoría –, respecto de quienes realizan actividades de significativa importancia para el éxito del plan delictivo conforme las valoraciones político-criminales que el legislador considera oportunas".

En ese sentido, queda claro que la Sala de lo Constitucional de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha emitido un pronunciamiento preciso respecto de la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley Especial contra el Delito de Extorsión, por lo que resulta inoficioso declarar la inaplicabilidad de una disposición cuando ya existe pronunciamiento de la Sala respecto del mismo tema.

Cabe resaltar que esta decisión no coarta la posibilidad que el apelante interponga una demanda de inconstitucionalidad respecto del tema discutido, siempre y cuando considere que existen otros argumentos por los que podría llegar a contravenir el texto constitucional, sin embargo, no es susceptible de aplicar la figura del control difuso en el presente caso. Sobre todo cuando dicha institución depende eminentemente del criterio jurisdiccional del funcionario que se encuentre a aplicar dicha disposición."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 8-2018, fecha de la resolución: 24/05/2018

DETENCIÓN PROVISIONAL

ADOPCIÓN DE TAL MEDIDA ES UN MEDIO QUE GARANTIZA LA COMPARECENCIA DEL IMPUTADO AL PROCESO Y NO UNA PENA ANTICIPADA

"La detención provisional es una medida que asegura el procedimiento, supone la injerencia más grave en la esfera de libertad individual, por ello los convenios sobre Derechos Humanos prescriben su excepcionalidad. Es una medida que en algunos casos, resulta indispensable para conseguir una administración de justicia eficaz, para casos de suma gravedad donde se vuelve necesaria dictar restricción al derecho fundamental de la libertad; siendo por esto que las legislaciones sin excepción alguna, la admiten como medida cautelar de natu-

raleza personal, acordada durante la tramitación del proceso penal, consistente en la privación de la libertad personal del acusado, decretada por orden judicial sujeta a un tiempo máximo establecido legalmente, con la exclusiva finalidad de asegurar su presencia en el juicio y la ejecución de una posible pena pero siempre teniendo presente la presunción constitucional de inocencia.

Evitar la frustración del proceso, se concreta en asegurar la ejecución de la sentencia del inculpado. En un sistema procesal como el vigente, el cual no acepta el enjuiciamiento en rebeldía, resulta evidente que la fuga del reo frustra el proceso y la ejecución de la eventual condena. Sin embargo la detención provisional no equivale al cumplimiento anticipado de una pena, su finalidad se reduce a asegurar la presencia del imputado dentro del proceso, no es ni punitiva ni consiste en anticipar un castigo, siendo fundamental que en ningún caso se puede perseguirse con la prisión provisional, fines punitivos o de anticipación de pena."

FUMUS BONIS IURIS Y PERICULUM IN MORA COMO PRESUPUESTOS PARA SU IMPOSICIÓN

"Considerando N° 2.-

Para la imposición de esta medida cautelar deben concurrir ciertos requisitos o presupuestos, haciéndose especial referencia en primer lugar al **FUMUS BONIS IURIS** ó Apariencia de Buen Derecho, según el cual se debe de haber comprobado **la existencia de un delito** y **la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente que el imputado es con probabilidad autor o participe; o sea que consiste en un juicio de probable responsabilidad penal del sujeto activo** y en consecuencia, sobre la probable imposición de una pena; en segundo lugar como presupuestos para la detención provisional debe de existir **PERICULUM IN MORA,** el que se entiende como el daño jurídico que viene determinado por el retardo en el procedimiento, derivado del peligro de fuga, o evasión del imputado.

Según este presupuesto para poder decretar la prisión preventiva, es necesario comprobar que existe el riesgo que el procesado **pueda sustraerse del proceso penal en el cual es señalado como autor de un hecho punible;** es decir, este presupuesto representa un carácter cuantitativo ya que el peligro de evasión de un acusado aumenta en la medida que existen elementos probatorios suficientes y grave del hecho cometido y como consecuencia la posible pena a imponer se vuelve más severa.

Considerando N° 3.-

En el presente proceso penal la señora Jueza Interina del Juzgado Tercero de Paz de esta ciudad Decretó Detención Provisional en contra del imputado **SDSR,** por el delito de Lesiones tipificado y sancionado en el Art. 142 del Código Penal; ante tal decisión judicial la representación de la defensa presenta escrito de apelación en contra de dicha resolución, argumentando en síntesis que la Jueza excede de las facultades que le concede el ordenamiento jurídico, por cuanto denegó la pretensión sin tener la suficiente fundamentación más bien, estimo que aún era necesaria la detención provisional. Con ello incurrió en una errónea aplicación del Art. 329.

Al analizar la resolución objeto de alzada, el cuadro fáctico de los hechos y la petición contenida en el escrito de apelación interpuesto por el Licenciado, [...]**,** representando los intereses del imputado **SR** ésta Cámara considera que es importante determinar si hay suficientes elementos de convicción para decretar la detención provisional, en contra del referido imputado para lo cual se deben analizar los presupuestos que la motivan, o justifican: ellos son por una parte argumentos propios del cuadro fáctico, tanto en lo que se refiere a la existencia del hecho material que se imputa, como la probabilidad positiva de la autoría o participación del imputado en el mismo hecho que se investiga.

En segundo lugar se debe analizar si esos hechos afirmados en el requerimiento fiscal son típicos y aun siendo típicos, conocer la sanción que le corresponde al ilícito aplicable. Por tal razón es importante en todo caso precisar la gravedad de la posible pena a imponer, ya que esta tiene gran relevancia para valorar el peligro de fuga, en otro sentido es ineludible valorar los elementos objetivos y subjetivos del procesado, circunstancia necesaria de analizar correctamente para aplicar la medida cautelar eficaz para cumplir los fines del proceso.

Considerando N° 4.-

En el presente caso se está procesando al imputado por el delito de **LESIONES,** regulado en el artículo 142 del Código Penal, el cual establece lo siguiente: [...] *El que por cualquier medio , incluso por contagio, ocasionare a otro un daño en su salud, que menoscabe su integridad personal, hubiere producido incapacidad para atender las ocupaciones ordinarias o enfermedades .por un periodo de cinco a veinte días, habiendo sido necesaria asistencia médica o quirúrgica será sancionado con prisión de uno a tres años [...]*

Como podemos apreciar nos encontramos ante un delito menos grave, puesto que la consecuencia jurídica de la posible pena a imponer del mismo no excede los 3 años de prisión tal como se extrae de lo dispuesto en el art. 18 inciso segundo Código Penal, lo cual es relevante al momento de valorar la proporcionalidad de la medida preventiva de derechos fundamentales que el Juez debe imponer, puesto que únicamente se justifica en alguna medida el limitar el derecho fundamental a la libertad para los hechos punibles graves, pero siempre se tiene que valorar las circunstancias específicas en cada caso.

Considerando N° 5.-

En caso sub- examine, según el cuadro factico la detención del imputado **SDSR,** se realizó mediante la intervención de los agentes captores WACP y AMS, ambos destacados en la unidad de emergencias 911 de la delegación Centro, Policía Nacional Civil, ya que estos fueron informados vía radial, que en la intersección de Calle Sisimiles y redondel México había una persona lesionada, por lo que llegando al lugar se percatan que estaba la persona lesionada en el abdomen y al parecer dicha lesión fue ocasiona con arma blanca; llegando al lugar de los hechos encontraron al agresor junto a la víctima, y al momento de ser intervenido dicho imputado por los agentes policiales, la víctima manifestó que estaba departiendo juntamente con el imputado y que posteriormente se generó una discusión entre ellos, que provocó que el imputado **SR** lo lesionara con un cuchillo, por lo que fue inmediatamente detenido en flagrante delito por los agentes policiales.

Considerando N° 6.-

De lo antes relacionado esta Cámara considera que en el presente caso se cuenta con el acta de detención en flagrancia, en la cual se constata la forma de cómo sucedieron los hechos y la forma de detención del imputado, la entrevista de los agentes captores, en la cual han expresado de forma unánime que cuando llegaron al lugar de los hechos observaron a la persona lesionada con arma blanca en el abdomen en la parte izquierda, y que junto a ella se encontraba el agresor, así como también expresaron que el lesionado, es decir la victima les habían expresado que se encontraba departiendo juntamente con el ahora detenido y producto de una discusión lo lesionó con cuchillo, y que buscaron el cuchillo en los alrededores donde sucedió el hecho pero no se encontró; se cuenta con el Reconocimiento Médico Forense de Lesiones, en donde se concluye, que las lesiones antes descritas sanaran en periodo de DOCE DIAS, con tratamiento médico y salvo complicaciones, generado DOCE DIAS de periodo de incapacidad, por lo tanto a criterio de esta Cámara se determina que se cuenta con elementos de convicción suficientes para poder acreditar la existencia del hecho y sostener razonablemente la probabilidad positiva que el imputado SDSR es autor del delito que se le atribuye como es de LESIONES, puesto que al momento de su detención la victima RADG lo señaló como la persona que había atentado contra su integridad física, es decir le había provocado una lesión a nivel del abdomen, lo cual se ha acreditado dicha deposición con el peritaje de medicina legal mencionado ya *Supra* donde se concluyó que dichas lesiones sanaran en doce días.

Por lo tanto se ha determinado que en esta etapa incipiente existen suficientes indicios para sostener razonablemente, la probable participación del imputado en los hechos que se investigan, ya que en esta etapa procesal se requiere una mínima actividad probatoria como lo que hasta el momento se tiene, lo que permite fundar la hipótesis de probabilidad positiva acerca del ilícito penal que se investiga y posible responsabilidad del imputado, por lo que se cumple con el primer requisito para la imposición de una Medida Cautelar de Detención Provisional como lo es - EL FUMUS BONIS IURIS o Apariencia del Buen Derecho, en que se debe contar con los elementos suficientes para determinar la existencia del ilícito que dio origen a la presente acción penal, como los elementos suficientes para establecer que el incriminado es con probabilidad positiva autor o participe del hecho que se le atribuye.

Considerando N° 7.-

En cuanto al segundo requisito para la imposición de medidas es lo que la doctrina le ha llamado PERICULUM IN MORA, el que se entiende como el daño jurídico que viene determinado por el retardo del procedimiento derivado del peligro de la fuga, porque para poder decretar la prisión preventiva, es necesario verificar si existe el riesgo eminente que el procesado pueda sustraerse del proceso penal del cual es señalado como autor de un hecho punible, o pueda obstaculizar su investigación; para ello, se debe analizar tanto las circunstancias del hecho como la probable pena a imponer. Puesto que para decretar la detención provisional debemos estar ante un delito grave, situación que no concurre en el presente caso, porque tiene una pena que no excede de 3 años de prisión,

por tanto solo se podría justificar la medida preventiva de libertad cuando el juez considere necesaria atendida a la circunstancia del caso.

En el caso sub- judice, al analizar la circunstancia del hecho realizada por la juzgadora, para decretar la detención en contra del imputado SR, en la cual expreso: ***"en el presente caso se ha escuchado a la víctima quien ha sido claro en manifestar que anteriormente a los hecho, han tenido conflictos con el ahora imputado, y que tanto el cómo su familia temen en que si se deja en libertad, vaya a continuar con estos problemas o que vaya a culminar provocándole la muerte"***

Ante dicha valoración esta Cámara no comparte el criterio de la juzgadora pues fue muy subjetiva al valorar las circunstancia del hecho, en perjuicio del imputado, puesto que para ello se debe ser siempre en atención a principios regidos por el ordenamiento jurídico, que vayan encaminado a salvaguardar el "Principio Inocencia" que por mandato constitucional posee todo procesado; más cuando se trata de restringir el derecho fundamental como es el de libertad.

Encontrando dicho principio en el artículo 12 de la Constitución lo cual establece lo siguiente. ***"... Toda persona a quien se le impute un delito se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en la que se aseguren todas las garantías necesaria para su defensa..."***

Asimismo el Artículo 6 del Código Procesal Penal establece ***"... Toda persona a quien se impute un delito <u>se presumirá inocente y será tratada como tal en todo momento, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley en juicio oral y público,</u> en el que se le aseguren todas -las garantías necesarias para su defensa. La carga de la prueba corresponde a los acusadores"*** (lo subrayado es de Cámara)

En igual sentido debió considerar lo dispuesto en el art. 15 Pr. Pn. que sienta como regla de interpretación lo siguiente: ***"se interpretaran restrictivamente todas las disposiciones legales que coarten la libertad personal..."*** y el artículo 16 del mismo cuerpo normativo que prescribe: ***"...Las garantías y principios previstos en este Código serán observados en todo procedimiento a consecuencia del cual se pueda aplicar una sanción penal o cualquier disposición restrictiva de la libertad...""***

PENALIDAD DEL DELITO Y POSIBILIDAD DE SALIDA ALTERNA AL PROCESO PERMITE LA SUSTITUCIÓN POR UNA MEDIDA MENOS GRAVOSA

"Considerando N° 8

En ese sentido se ha verificado dentro del proceso que, específicamente en la relación de los hechos y en la declaración de los agentes captores que al momento que el imputado se encontraba junto a la víctima, es decir que no huyo del lugar, lo que representa esa acción de alguna manera que el referido imputado tiene la intención de colaborar con la justicia y someterse al proceso. Por otra parte se ha determinado, según lo manifestado por la víctima que se apersonaron al lugar de los hechos por la información del sistema 911, se observó que ellos eran compañeros de trabajo, que si bien es cierto no tenían buenas

relaciones de trabajo, pero si estaba departiendo y en un momento de ira fue que lo lesionó, provocándole daños a s integridad física.-

Reiteramos que la acción típica que se le atribuye al referido imputado corresponde a los delitos que de conformidad al artículo 18 del Código Penal, son considerados como **"menos graves",** debido que su pena para dicho delito de **LESIONES,** su penalidad no supera los tres años de prisión, **(de uno a tres años),** por lo tanto, la detención provisional puede ser sustituidas por medidas que menos afecten el derecho consagrado en la Constitución como el derecho a la libertad ambulatoria. Por otra parte es necesario considerar que dicho figura penal está comprendido dentro de los delitos que pueden ser conciliables en el trascurso del proceso, es decir que se puede tener una salida alterna, en donde la víctima, como el imputado puedan a llegar a tener un acuerdo satisfactorio y de esa manera extinguir la acción penal, tal así lo enmarca el artículo 38 del Código Procesal Penal, el cual establece lo siguiente ***[…] La mediación* o conciliación entre el imputado y la víctima extinguirá la acción penal únicamente cuando se trate de los hechos punibles siguientes:**

3) Lesiones en su tipo básico y las culposas"

DEBE SER CONSIDERADA COMO ÚLTIMA RATIO

"Considerando N° 9

Por lo tanto esta Cámara es del Criterio que la prisión preventiva debe ser la **última ratio** dentro de un proceso penal, es decir que no debe de considerarse como la regla general para que un determinado proceso siga su curso en la investigación, en ese sentido al tratarse de un delito menos grave; y al valorar las circunstancias del hecho que motivaron a la acción penal de acuerdo a la presunción de inocencia, en vista que el procesado no fue trasladado el día de la audiencia lo cual impidió que de alguna manera pudiera haber declarado y cambiar el sentido a la presente investigación.

Bajo ese pensamiento es importante mencionar que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado y cual se podrá imponer alguna medida menos gravosa a la Detención Provisional; así lo establece nuestro ordenamiento jurídico en el Artículo 331 del Código Procesal Penal el cual indica ***" .... No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, (329. 330) y aun que el delito tuviere señalada pena superior a tres años, cuando el imputado no esté sometido a otras medidas cautelares y se pueda creer razonablemente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia, podrá decretarse una medida cautelar alterna...***

No procede aplicar medidas alternas ni sustituir la detención provisional, en los delitos siguientes; homicidio simple, homicidio agravado secuestro, delitos contra la libertad sexual, robo agravado, extorsión, defraudación a la economía publica, comercio de personas, tráfico ilegal de personas, trata de personas desordenes públicos, delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los delitos contemplados en la ley contra el lavado de Dinero y de Activos"

En ese mismo hilo de ideas no se ha acreditado dentro del presente proceso que el referido imputado este sujeto a otro proceso penal con medidas sustitutivas a la Detención Provisional, sin embargo es necesario advertir que dicha disposición legal no significa que debe aplicarse automáticamente como una regla general puesto que debe valorarse siempre de acuerdo a las circunstancia del hecho y el caso en particular, que se llevara en contra de cada imputado, lo que ya fue analizada anteriormente por los Suscritos.

Así como también el delito de **LESIONES** por el cual se está procesando al imputado es considerado un delito menos grave tal como se explicó ya **Supra** y por otra parte no está dentro de las excepciones que establece el Artículo 331 inc.

Segundo para no poder otorgar medidas sustitutivas a la Detención Provisional, por lo tanto estiman los Suscritos, que es viable otorgar medidas sustitutas a la Detención Provisional a favor del imputado **SDSR"**

Considerando N° 10

En consecuencia de lo antes relacionado esta Cámara es del criterio que debe de otorgársele medidas sustitutivas a la detención provisional, al imputado **SDSR,** ya que es fundamental advertir que la detención provisional es una medida cautelar de tipo personal de **carácter excepcional,** ya que esta supone una afectación grave al derecho fundamental de libertad ambulatoria de la persona, sin la existencia de una sentencia condenatoria, motivo por el cual siempre debe de optarse por la alternativa que menos afecte el derecho fundamental de la libertad ambulatoria. Lo anterior deviene de la aplicación del principio de necesidad a la medida cautelar de la detención provisional, lo cual conlleva el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, y primordialmente exige su **excepcionalidad,** puesto que la detención provisional **nunca puede convertirse en regla general,** sino que ha de adoptarse exclusivamente **cuando no exista otra forma de cumplir con los fines que la justifican,** tal como lo prescribe el Art. 9.3del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El derecho a la libertad ambulatoria está establecida en nuestra constitución de la Republica en su Artículo 11, en la cual expresa lo siguiente ***"Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos, sin ser previamente oída y vencida en juico con arreglos a las leyes ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa..."***

De igual manera y bajo ese mismo criterio se establece los artículo 7 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos el cual contiene principios y reglas que definen el alcance jurídico del derecho a la Libertad Personal, el articulo 7.1 formula el derecho de manera general, al reconocer a toda persona "el derecho a la libertad y a la seguridad personal", lo cual se traduce en la exigencias normativas de procurar, tanto como sea posible, la preservación del estado de libertad física de cada ser humano, asimismo el principio de excepcionalidad también está prescrito en los Artículos 7.2, 7.5 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Art. 4.1 de las Reglas Mínimas de la Detención Provisional conocidas como Reglas de Tokio, en concordancia con en el Art. 144 de la Constitución de la República, tratados de carácter

internacional ratificados por El Salvador, por lo tanto dichos tratados internacionales son leyes de la Republica lo cual prevalecen ante las leyes vigentes de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que bajo las referidas disposiciones legales antes citadas se ha dejado claro que la detención provisional no es la regla general, y que la libertad del procesado podrá estar subordinada a garantías que aseguren su presencia al juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Asimismo se considera que no va entorpecer con las diligencias de investigación, ya que las mismas no hay un motivo de incidencia por parte del imputado para poder obstaculizar y no puedan realizarse

Es con base a lo antes relacionado que esta Cámara estima que debe de otorgársele medidas sustitutivas a la detención provisional al procesado, reguladas en el Articulo 332 numerales 3), 4) del Código Procesal Penal, las cuales se desarrollaran en el fallo respectivo; con dichas medidas proporcionadas es con la finalidad de garantizar que el imputado esté sometido al proceso es decir que comparezca al momento del juicio o cualquier otra diligencia judicial."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-129-18, fecha de la resolución: 21/05/2018

DETERMINACIÓN DE LA PENA

PARÁMETROS A VALORAR PARA SU IMPOSICIÓN O ADECUACIÓN

"En relación a lo anterior, ha de indicarse que la pena para ser impuesta debe contener una serie de fundamentos, empezando a medir los alcances de la magnitud del injusto, a manera de ejemplo puede ser la clase de dolo que existió y su intensidad, nivel de dominio en caso de una autoría, así como nivel de cooperación en caso de una complicidad, entre otras cosas, lo que es fundamental para medir la pena a imponer; además, debe tomarse en cuenta el grado de culpabilidad del sujeto activo respecto del injusto penal, de ahí que la culpabilidad esté referida a los hechos cometidos, evitándose de esta manera invasiones al Derecho Penal y dando lugar a una culpabilidad por criterios de peligrosidad, siguiendo los fines resocializadores de la pena, esencialmente la finalidad de readaptación del procesado, de conformidad con el Art. 27 Cn.

El punto de partida para graduar la pena, debe ser el límite mínimo de los tipos penales, los que se pueden ir incrementando conforme se aumente la magnitud del injusto penal o el grado de culpabilidad, siendo que partir del mínimo no significa imponer el mínimo, pues este límite menor de pena -como ya se dijo-, puede incrementarse respecto de que concurra una mayor dimensión de lo injusto. El principio de culpabilidad configura un límite a la graduación de la pena, es decir que el límite irrebasable de la pena corresponde al establecido en cada ilícito penal, no pueden haber penas más graves que la gravedad que se determine para el mismo, ya que la pena debe ser proporcional a la conducta y en ningún caso podrá sobrepasarse el máximo de la pena de prisión que la ley determine.

En ese sentido el Art. 63 Pn., proporciona una serie de criterios de especificación de determinación de la pena, dentro de los cuales tienen amplia participación los principios de proporcionalidad, culpabilidad, necesidad de pena y reso-

cialización; cada pena que se imponga debe ser considerada en su graduación y estar debidamente motivada."

PROCEDE DISMINUIR LA PENA CUANDO LA REINCIDENCIA COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL YA HA SIDO DEROGADA Y, ADEMÁS NO SE HA ACREDITADO TAL SITUACIÓN CON LA DOCUMENTACIÓN PERTINENTE

"El peticionario afirma, que el juez sentenciador al momento de imponerle la pena a su patrocinado, expresó que la errónea aplicación de una penalidad no atiende a los criterios que establece el artículo 63 del Código Penal, dado que la Juzgadora tomó como parámetro para imponer la pena LA REINCIDENCIA, circunstancia agravante, prevista en el Art. 30 N° 16 del Código Penal, la cual ha sido derogada, según decreto legislativo N° 1009, de fecha veintinueve de febrero de dos mil doce; incluso ha sido tachada de inconstitucional, por violar el principio de culpabilidad en su manifestación de derecho penal de acto; por cuanto la Jueza aplicó una norma que ha quedado derogada; no obstante advirtió la no existencia de circunstancias agravantes, más en la dosimetría en la pena a imponer si ha aplicado circunstancias agravantes respecto a uno de sus defendidos, siendo lo correcto imponerles la misma pena a ambos de tres años de prisión con reemplazo de la pena por trabajos de utilidad pública; por cuanto las reglas de la dosimetría de la pena, no han sido aplicadas, pues la juzgadora no hizo una análisis de cada elemento, violentando los principios de legalidad, necesidad, idoneidad, utilidad, infringiendo los artículos 11, 12, 15 y 27 inciso 3° Cn., 30 y 63 del Código Penal, 1, 2, 5, 10, 14, 144, 399 y 400 N° 4 Pr. Pn.

Al analizar la sentencia objeto de alzada, en cuanto a la sanción aplicable, este tribunal evidencia, que la juez a quo en la parte que denominó "CALIFICACIÓN LEGAL Y SANCIÓN APLICABLE" valoró que el imputado tiene pleno conocimiento y voluntariedad en su accionar ilícito, y si bien es cierto se cuenta con dictamen pericial realizado al encartado, el que resultó positivo a metabolitos de marihuana en la orina de los acusados; que su conducta no se trata de una simple posesión de droga marihuana, bajo su esfera de dominio; sino que es necesario tener en cuenta otros criterios, como los relativos al tipo de droga, cantidad, valor comercial, la forma del hallazgo y la personalidad de los poseedores, por cuanto aun cuando los indiciados fumen marihuana, el hecho de ser sorprendidos caminando por una calle pública en horas de la noche, circunstancias que son indicaciones proclives a realizar la distribución de droga; resultando desproporcional la cantidad de droga incautada con respecto al consumo que se alega por parte del procesado, sumado a las condiciones personales de este, respecto al valor económico de la droga, es insostenible que teniendo trabajo de jornalero y empleado de una fábrica de block, pudieran generarse ganancias para adquirir la cantidad de droga que llevaban, por lo que se deduce que la misma, estaba encaminada a la promoción o tráfico; además mencionó que los motivos que impulsaron a los incoados a delinquir son de carácter desconocido, sin embargo se estima que, por la forma en la que fue encontrada distribuida dicha sustancia, el valor económico que representa, se colige que era para trasladarla a terceras personas, con indicios de una posible motivación económica; sumado a ello el imputado VQ tiene antecedente penal

de sentencia condenatoria por el mismo delito, en el cual se le benefició con el reemplazo de la pena de prisión que en este caso le corresponde; que no se acreditaron circunstancias excluyentes, ni causa modificativa de responsabilidad penal, tampoco atenuantes o agravantes que valorar; también consideró necesario que el imputado continúe en la detención en la que se encuentra, imponiéndole la pena de cuatro años de prisión.

Sin embargo, esta cámara considera, que aun cuando la juez a quo realizó una breve fundamentación acerca del porqué imponía la pena de cuatro años de prisión en contra del imputado VQ, razonando que este ya había sido condenado por el mismo delito y le fue reemplazada la pena de prisión, tomando como referencia para imponer la pena la reincidencia, la cual si bien es cierto esta se encontraba como una circunstancia agravante de la responsabilidad penal, en el Art. 30 N° 16 del Código Penal, la misma ya fue derogada, por lo que no podría aplicarse al presente caso, más aun cuando no se ha acreditado con la documentación pertinente tal situación; por cuanto es razonable modificar la pena de cuatro años de prisión impuesta a la de TRES AÑOS DE PRISIÓN, tal como lo solicita el recurrente, la cual se encuentra dentro de los parámetros establecidos en el Inc. 2° del Art. 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, tomándose en cuenta que el delito por el cual fue condenado es de peligro abstracto, por lo que el daño ocasionado también es abstracto; además, no se pudo determinar la extensión del mismo; también se desconocen los motivos específicos que llevaron al procesado a cometer dicho ilícito, así como las circunstancias que rodearon el hecho, no concurriendo ninguna circunstancia agravante ni atenuante que valorar; así como, atendiendo a la cantidad de droga incautada que según experticia físico química a Fs. 9 Fte., practicada por el agente WILR, perito en análisis de sustancias controladas de la División Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil, de esta jurisdicción, tiene un peso neto de 65.1 gramos y un valor económico de sesenta dólares de los Estados Unidos de América con sesenta y cuatro centavos; y, finalmente, a las circunstancias personales de su autor, quien en audiencia de inicial expreso ser de veintidós años de edad, ayudante de albañil y jornalero."

FINALIDAD ESENCIAL DEL RÉGIMEN PENITENCIARIO

"ANÁLISIS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL DE LA PENA DE PRISIÓN.

El régimen penitenciario a que son sometidas las personas condenadas, debe tener una finalidad esencial de reformar al individuo para que sea una persona útil a la sociedad y a su familia, esto de conformidad con el Art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos; también, no debe en la readaptación del delincuente recalcarse en la exclusión del penado de la sociedad sino por el contrario debe de tratar de integrarlo a la misma, esto de conformidad con Art. 6.1 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

Además, con el fin de darle cumplimiento a lo dispuesto en el Inc. 3° del Art. 27 Cn., en cuanto a la función resocializadora que deben cumplir los centros penitenciarios en relación a los internos, la cual está orientada a viabilizar la reeducación y la reinserción de los privados de libertad, prohibiendo toda sanción

penal que pueda generar sufrimiento físico o moral o que pueda contribuir a la degradación de los fines de la pena, el cual es poner al interno en condiciones de poder desarrollarse a futuro en una vida con responsabilidad social; debiendo tomarse en cuenta además que las penas privativas de libertad deben ser manejadas frente a conflictos sociales que sean imposibles de resolver por otros medios menos gravosos, siempre en proporción a la gravedad del delito cometido y a la culpabilidad del hecho; siendo procedente reemplazar la misma por ciento cuarenta y cuatro jornadas semanales de trabajo de utilidad pública, de conformidad a lo dispuesto en los Arts. 74 Inc. 2° y 75 Pn., las que deberá cumplir en los lugares y horarios que determine el Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena correspondiente; y, por el resto del tiempo que le falte, en razón de encontrarse privado de libertad, según acta de captura agregada a Fs. 7, desde el tres de enero de dos mil dieciocho, debiendo contabilizarse además el tiempo que estuvo privado de libertad hasta la celebración de la audiencia inicial; por lo que deberá ponérsele en libertad por el juez sentenciador."
Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, número de referencia: 341-18, fecha de la resolución: 02/10/2018

DUDA

DEFINICIÓN

"**v.-** En primer lugar, porque la *duda*, se dice que *es un estado dubitativo cierto y fundado, que tiene como plataforma un análisis integral de los elementos probatorios, para así cumplir con la obligación de exponer los motivos que la generan y llevan a aplicarla* (Sentencia de la Sala de lo Penal, Inc. N° 265-CAS-2008, de fecha 17/06/2010)."

IMPOSIBILIDAD DE SER APLICABLE POR EL JUEZ DE PAZ

"Es decir, que tal nivel de conocimiento, para ser favorable a los intereses del acusado, se ha de concretizar en la etapa del juicio, por ser donde corresponde hacer la valoración integral de todos los medios probatorios ofrecidos, admitidos y producidos para dicha etapa procesal, bajo la específica aplicación de las reglas de la sana crítica como sistema de valoración preponderante (Art. 179 CPP); el Juez requiere de *certeza* para condenar y/o absolver, o bien la concurrencia de un estado de duda razonable a favor del acusado cuando la *probabilidad positiva* no logró superar ése estadío cognitivo, Art. 7 CPP.

Con base a ello, la regla general casi absoluta implica que no es al Juez de Paz a quien corresponde la aplicación de tal principio, salvo presupuestos excepcionales como el regulado para el Procedimiento Sumario, Art. 451 CPP.

vi.- En segundo lugar, los casos de procedencia del sobreseimiento definitivo están determinados en el Art. 350 CPP, donde no aparece que *la duda* sea un presupuesto de aplicación, mucho menos al amparo de un análisis –mucho menos la simple crítica– de los elementos de convicción aportados."
Cámara de la Segunda Sección del Centro, número de referencia: INC-187-2018-PN, fecha de la resolución: 15/10/2018

ESTAFA AGRAVADA

ELEMENTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DOLO EN EL TIPO PENAL

"1.-En el marco del proceso penal, la valoración de la prueba significa realizar una conexión o vínculo de la información obtenida en el proceso con las distintas hipótesis que se le presenten al juez por medio de las partes; por ello se habla del sistema de la sana crítica racional, conocida como la actividad intelectiva respaldada por las leyes de la lógica.

A partir de la información arrojada por los medios de prueba en el juicio oral, es que se configuran los argumentos judiciales acerca de la construcción de verdad procesal en relación a los hechos objeto de controversia.

Consta en la sentencia que el procesado [...] ha sido condenado a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, por el delito de ESTAFA AGRAVADA, regulado en el art. 215 del Código Penal cuyo tenor literal establece:

"El que obtuviere para sí o para otro un provecho injusto en perjuicio ajeno, mediante ardid o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe, será sancionado con prisión de dos a cinco años si la defraudación fuere mayor de doscientos colones".

Según el art. 216 CP, la conducta se agrava si se realizare mediante cheque, medios cambiarios o con abuso de firma en blanco.

La configuración del delito de estafa obedece a la necesidad de sancionar un fraude lo suficientemente relevante que permita legitimar la intervención punitiva.

En la parte objetiva del tipo penal se exige la concurrencia de un engaño, el cual debe producir en la víctima un error, que propicie de parte de esta una disposición patrimonial, generadora del perjuicio económico. En la parte subjetiva del tipo penal, se exige de parte del sujeto activo la concurrencia de dolo.

Para evidenciar el dolo típico, deben concurrir los siguientes elementos:

a) El engaño: es el elemento identificador de la estafa; pero *no se trata de cualquier falta a la verdad*; si no, de una conducta que, *por medio de simulación o disimulo, produzca o haga viable que en el sujeto pasivo se perfile una convicción errónea de la realidad*, que lo lleve a realizar un acto de disposición patrimonial que resulte en su perjuicio o el de otros, con el correspondiente provecho del sujeto activo o de otros.

Al respecto, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado la concurrencia de estos requisitos, con ciertas exigencias particulares:

"En atención a ello, debe recordarse que los requisitos que componen este ilícito, son: 1. Un engaño con trascendencia jurídica para producir el error; 2.El error de la víctima que vicia la voluntad de la prestación; 3. Perjuicio patrimonial en contra del sujeto pasivo; y 4. La relación de causalidad entre el engaño y el daño patrimonial.

Resulta pues, que la estafa requiere como elemento esencial, la concurrencia del engaño suficiente, precedente con el acto de disposición de la víctima que produce el traspaso patrimonial y además ***suficiente y proporcionado*** *para la consecución de los fines perseguidos. Su idoneidad se aprecia atendiendo tanto* ***a las condiciones del sujeto pasivo****, quien desconoce o presenta un deformado conocimiento de la realidad a causa de la mendacidad del actor del delito.*

Se exige entonces, que exista un error que derive ya sea de la ***simulación de hechos falsos o del ocultamiento de otros verdaderos****, verbigracia, cuando en un contrato una de las partes disimula su verdadera intención, es decir, su propósito de no cumplir las prestaciones a las que contractualmente se obligó y como consecuencia de ello la parte contraria que obviamente desconoce tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia al otro, efectivamente se está en presencia de la estafa."* [489-CAS-2005 pronunciada a las 9:30 horas del 31/7/2009].

En consecuencia para la configuración del ardid o engaño, se atiende a un comportamiento positivo u omisivo que por medio de un **efecto en la representación intelectual** del ofendido, **produzca una falsa representación de la realidad**, conllevando ello al error, el cual permite la materialización del acto dispositivo que provoca el perjuicio.

b) El error: como resultado de la actividad (u omisión) engañosa del sujeto activo, el sujeto de quien se busca el acto dispositivo se representa la realidad, pero lo hace de manera equívoca, influenciado por la percepción a que le induce el ardid.

Así, el error se constituye por esa falsa percepción de la realidad que el sujeto pasivo no se habría hecho si el engaño no existiera, y que tiene la capacidad de influir en su ánimo para que tome una disposición patrimonial favorable a los intereses del sujeto activo.

c) La disposición patrimonial: una vez que se ha desplegado la actividad engañosa o se ha ocultado un dato real relevante, se consigue conducir a error al dueño del bien, derecho o crédito; como también puede llevarse a representación errónea a terceros, que tienen en común una única característica, deben ser capaces de disponer del patrimonio al que se busca afectar, independientemente del título o calidad en que lo hacen, siempre que tal disposición sea lícita y que ocurra de buena fe.

d) El perjuicio: producto de la disposición patrimonial, hay una afectación en el patrimonio del sujeto pasivo (o del tercero sobre el cual ejerce administración o algún tipo de capacidad de disposición); este daño patrimonial puede manifestarse en la apropiación de un bien sin la remuneración acordada, en el despojo de un derecho o la falta de pago por labores realizadas, entre otras.

e) El provecho injusto: la defraudación ocurre con ánimo de lucro, pero el legislador salvadoreño no exige que el sujeto activo sea, necesariamente, el receptor de ese provecho que deviene de la disposición patrimonial errónea, sino que **puede ser un tercero**."

PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

"2.- Como primer cuestión a dilucidar, la defensa técnica alude que para refutar el razonamiento del juez, debe invocarse el principio de responsabilidad, ya que el A quo concluyó en el proveído que su representado conoció en todo momento que el inmueble era de su madre, y que por ende era falso que el bien era de su tía que estaba enferma.

En cuanto al principio de responsabilidad, este se contemplado en el art. 4 CP., y constituye uno de los límites al poder punitivo del Estado, y se traduce en

una exigencia al juzgador, quien al momento de decantarse por la imposición de una pena o medida de seguridad, deberá cerciorarse previamente que la conducta realizada lo ha sido mediando dolo o culpa. Tal disposición expresa:

"PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD.

La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa. Por consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva.

La responsabilidad objetiva es aquella que se atribuye a una persona sin considerar la dirección de su voluntad, sino únicamente el resultado material a la que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto.

La culpabilidad sólo se determinará por la realización de la acción u omisión." (Sic)

En razón de ello, a una persona sólo puede reprochársele un resultado lesivo o de peligro, cuando se ha acreditado que ésta se ha autodeterminado a cometerlo; es decir, voluntariamente, lo cual implica el conocimiento que esta tiene acerca de la ilicitud de sus actos.

El principio de responsabilidad constituye una garantía para el justiciable por cuanto requiere un grado máximo de certeza en la convicción del juzgador, y que aunado al principio de culpabilidad busca evitar una decisión arbitraria."

ARGUMENTACIÓN JUDICIAL TIENE ASIDERO PROBATORIO Y NO HA EXISTIDO VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

"Según el argumento del impetrante, se ha estimado un fallo condenatorio por el delito de estafa agravada, sin haberse acreditado el conocimiento del procesado acerca de que el inmueble que ofreció como venta a la víctima era de su madre y no de su tía.

En cuanto a este aspecto, consta en la sentencia recurrida que el juez de sentencia, llegó a la conclusión de que el imputado sabía que el inmueble era de su madre, al valorar la certificación del Documento Único de Identidad del procesado en el que se establece que este es hijo de la señora [...] y [...].

Que la señora [...], según certificación expedida por el Centro Nacional de Registros de fecha once de diciembre de dos mil quince, aparece como vendedora del inmueble en mención, en favor de la señora [...], al haber recibido el precio de quince mil dólares en fecha catorce de julio de dos mil catorce.

Sobre estos elementos de prueba, es que el juzgador expuso que dicha circunstancia explicaba por qué el procesado tenía acceso a las llaves y a la información de la casa, lo cual abona a las manifestaciones de la víctima que indicó que el procesado le fue a enseñar la casa, a la cual la víctima tuvo acceso para realizarle mejoras y realizando inversiones para su remodelación.

Bajo estas consideraciones, el defensor en su crítica se queda corto en su argumentación, ya que al indicar que el razonamiento del juez es errado, tampoco ha relacionado cuáles son los medios probatorios de los que se puede desprender que el procesado no sabía que el inmueble era de su madre, y aún más, cuales son los documentos en los que se prueba la titularidad de la señora [...] sobre el inmueble, persona que fue presentada ante la víctima como tía del procesado, y quien se encontraba enferma.

En cuanto a este aspecto, tampoco se ha refutado probatoriamente por parte de la defensa que la señora [...] no es la madre del procesado, en cuyo caso de alguna manera podría contemplarse que se tratase de un homónimo, y así desacreditar el factor conocimiento que ha sido estimado por el juzgador.

Dicho lo anterior, el razonamiento utilizado por el A quo tiene su asidero probatorio y con lo cual cabe razonablemente entender el acceso que el imputado tenía sobre un inmueble propiedad de su madre.

3.- Como siguiente punto, el recurrente ha expuesto que el juez afirmó que era falso que el procesado era apoderado de la señora [...].

De acuerdo a la prueba incorporada al proceso, se agregó testimonio de escritura pública de poder especial, otorgada ante los oficios del notario [...], por la señora [...] conocida por [...] a favor de [...], en el que lo faculta para que a su nombre y representación pacte precio y reciba dinero, así como otorgar la escritura de compraventa del inmueble situado en **********, con número de matrícula **********.

En cuanto a los juicios de valor que el tribunal realizó sobre dicho documento, se advierte que el juez interpretó que con el otorgamiento de dicho poder resultaba razonable que la víctima haya tenido confianza para perfeccionar el negocio con el procesado, y que solo requeriría tiempo realizar la compraventa.

Es dable aclarar que no es que el juez ha negado que el procesado fuese apoderado de la señora [...], por cuando ha relacionado el testimonio de escritura de poder especial, sino que de este medio de prueba ha interpretado que ante dicha documentación en la que el procesado aparece como apoderado de la promitente vendedora con facultades de realizar la venta a su nombre, fue un elemento que facilitó la confianza en la víctima [...] para acceder a realizar el negocio.

También, en cuanto este aspecto el juez indicó que el procesado figuraba en dicho instrumento con facultades conferidas por una persona que no era la propietaria del inmueble; es decir, la señora [...]. De tal forma, es dable concluir que no era apoderado de la verdadera propietaria del inmueble, que según certificación del Centro Nacional de Registros era la señora [...].

Este razonamiento consta inserto en la página 12 párrafo final de la sentencia, en el que el juez de sentencia expresó: "[…] *por tanto, era una falsedad que el inmueble era propiedad de su tía, que estaba enferma, fue una falsedad que era apoderado de la propietaria, tenía facultades conferidas por una persona que definitivamente no era propietaria e hizo creerle a la víctima datos falsos sobre la titular de la propiedad, así la presentó ante la víctima, recibió cantidades de dinero en virtud de su versión falsa, presentó documentos notariales para darle la confianza a la víctima* […]"(Sic)"

Finalmente, la defensa técnica señala que el juez de sentencia afirmó que era falso que el inmueble tenía un gravamen, y que había un proceso civil que había que resolverse.

De nueva cuenta, el defensor ha indicado un yerro en el razonamiento judicial, del cual no expone cuál es el medio de prueba que acredita que el criterio judicial es erróneo.

De tal manera, sostiene en su recurso que esta conclusión se ha obtenido a partir de los requerimientos del ente acusador; sin embargo, soslaya que de la

actividad probatoria, tampoco existen elementos de los que se acredite que en efecto el inmueble tenía un gravamen y que a consecuencia de ello, no resultaba posible realizar la compraventa en favor del señor [...].

Tal como se ha relacionado en párrafos anteriores, los elementos que determinan la existencia de la estafa son: **el ardid o engaño, el error, la disposición patrimonial del ofendido, perjuicio y provecho injusto**; así para considerar la consumación del delito de estafa debe coincidir con la afluencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, lo que implica que el detrimento patrimonial será el momento en el que se agota la acción que provocó la disposición patrimonial.

En el presente caso, probatoriamente se ha establecido que el procesado se presenta ante la víctima como la persona facultada para realizar la venta de un inmueble, exhibiendo documentos con lo que ésta de una manera fácil creyó en una falsa realidad que le permitió acceder a realizar pagos parciales de dinero en concepto de compra del bien inmueble.

En ese hilván de ideas el engaño concurre al momento que el procesado asevera ser apoderado de una persona que no es propietaria del inmueble que ofreció en venta, aduciendo además que su tía estaba enferma y que se necesitaba el dinero.

La víctima, luego de firmar el contrato de promesa de venta, realiza el primer pago, realizando los demás cuando se le presenta el testimonio de poder especial otorgado por la señora [...], con lo cual también realiza mejoras en la construcción del inmueble en la creencia que únicamente faltaba realizar la escritura de compraventa, circunstancia que también se ve robustecida con el álbum fotográfico del inmueble en el que se acredita que la casa presenta remodelaciones recientes.

El perjuicio y provecho injusto concurre al momento que se presenta la señora [...] como la dueña del inmueble, en razón de haberle sido vendida por la señora [...], teniendo además su derecho real inscrito en el correspondiente Registro.

De acuerdo a este análisis, no es posible otorgar la razón al impetrante, por cuanto, no existen medios de prueba que permitan realizar inferencias distintas a las desarrolladas por el juez de sentencia, ello por las siguientes razones:

- No se ha acreditado probatoriamente que la señora [...] sea la tía del procesado, y que estuviese enferma.
- No se ha acreditado que el inmueble en discusión estuviese a nombre de la señora [...].
- No se ha acreditado que el inmueble tuviese un gravamen que imposibilitare su transferencia mediante compraventa o la existencia de un proceso civil pendiente de resolver.

En consecuencia, en el presente caso, sí se advierte una conducta típicamente relevante que ha llevado al error y consecuentemente al provecho en perjuicio ajeno que asciende a la suma de veinticuatro mil dólares, y sólo puede realizarse con pleno conocimiento y el ejercicio de las acciones voluntarias suficientes para su inducción.

Importa recalcar que el engaño sancionado por el derecho penal ha de revestir características propias que lo distinguen de una simple mentira, así el en-

gaño debe ser una maniobra fraudulenta que lleva a cabo el sujeto activo y que concurren en el presente caso:

- Se presentó como apoderado de una persona que no era propietaria de un inmueble
- Exhibió documentación con la que proporcionó confianza a la víctima para hacerle creer que se efectuaría la compraventa del inmueble.
- Continuo dando largas a la formalización del documento mientras el sujeto pasivo terminaba de pagar la cantidad pactada.
- Facilitó el acceso al inmueble a la víctima, quien en la confianza que sería su propietario realizó mejoras en su infraestructura.

Todas estas acciones revelan una mayor peligrosidad de la conducta, ya que supone la existencia de premeditación y preordenación de medios destinados a facilitar el engaño.

Conforme a la doctrina penal, suele afirmarse que la calidad del engaño ha de ser examinado conforme a un baremo objetivo y otro subjetivo.

El baremo objetivo va referido a un hombre medio y a ciertas exigencias de seriedad y entidad suficiente para afirmarlo; mientras que el criterio subjetivo tiene presente circunstancias precisas y propias de la víctima (nivel académico, ocupación u oficio y situación económica).

Según las probanzas el engaño ha sido de tal entidad que aun si la víctima contase con un grado de escolaridad y formación académica media o superior, es capaz de inducir a error, ya que la realidad que le fue presentada al señor [...] a través de los distintos tipo de documentación exhibidos por el procesado fue suficiente para dar por hecho el negocio que estaba perfeccionando, quien como ya se mencionó hasta tuvo acceso al bien inmueble realizando mejoras en su construcción y dándolo en arrendamiento.

V.- Conclusiones

Por las razones expuestas, esta Cámara comparte la apreciación judicial acerca de la configuración del delito de estafa agravada, estimándose que la prueba valorada en su conjunto ha sido vital para poder establecer un hecho penalmente relevante.

El empleo de la sana crítica en el presente caso, responde a la ponderación de las circunstancias relatadas y que necesariamente se verán reforzadas con todos los medios de prueba incorporados al juicio, lo cual así ha sucedido.

Así, contrario a lo expuesto en el escrito de apelación, se ha verificado que la argumentación judicial tiene asidero probatorio, y que no ha mediado vulneración al principio de responsabilidad contemplado en el art. 4 CP.

El engaño ha sido suficiente para inducir a la víctima a un error, quien como producto de la proyección de un falso escenario realizó actos de disposición a través de entregas de dinero en concepto de una casa de la que creyó sería dueño, consumándose así el perjuicio patrimonial con la presentación posterior del verdadero propietario del inmueble cuyo derecho se encuentra debidamente inscrito.

Luego de revisados todos los motivos de impugnación y descartado su capacidad de provocar una modificación en la sentencia condenatoria apelada, habrá de rechazarse la pretensión del recurrente."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 367-2017, fecha de la resolución: 12/06/2018

EXCUSA

PROCEDE CUANDO EL JUEZ HA CONOCIDO PREVIAMENTE SOBRE ELEMENTOS DE PRUEBA Y HECHOS ATRIBUIDOS A VARIOS IMPUTADOS, EN ATENCIÓN AL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL

"I- Que la imparcialidad tiene una doble naturaleza jurídica, ya que, por una parte es reconocida como una cualidad esencial de la función jurisdiccional, que exige que los asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales sean decididos basados en razones estrictamente jurídicas, sin atender a influencias provenientes de los sujetos procesales o a las prevenciones en el ánimo de los propios juzgadores. En cuanto a ésta faceta de la imparcialidad, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha establecido: "El Juez se halla sometido únicamente al ordenamiento jurídico, entendido no sólo como sujeción al imperio de la ley, sino también y principalmente a la fuerza normativa de la Constitución. A partir de ello se instauran los principios de independencia e imparcialidad judicial, por medio de los cuales el juez se reviste de un estatus que proscribe la sumisión a cualquier género de instrucción o dependencia distinta al derecho positivo" (Sentencia de inconstitucionalidad ref. 46-2003, dictada el 19/04/2005).

Que como segunda faceta, la imparcialidad es una garantía consagrada a favor de los justiciables, a tenor de los establecido en el art. 186 inc. 5° de la norma constitucional, con relación al art. 4 Pr. Pn., a la vez se encuentra consagrado en diversas disposiciones contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como los arts. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, preceptos de obligatorio cumplimiento en nuestro orden jurídico. Al respecto, se sostiene en consideraciones doctrinarias: "Como garantía procesal, la imparcialidad busca que el juez que debe decidir el objeto del proceso no pierda su carácter de tercero imparcial evitando que concurra a resolver un asunto si existe la sospecha que, por determinadas circunstancias, favorecerá a una de las partes, dejándose llevar por sus vínculos de parentesco, amistad, enemistad, interés en el objeto del proceso o estrechez en el trato con uno de los justiciables, sus representantes o sus abogados" (ROMERO SEGUEL, A., Curso de Derecho Procesal Civil, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p.73).

Que con el objeto de preservar la imparcialidad, el legislador ha establecido, de manera predeterminada, ciertas causales de impedimento, las que se encuentran fundadas en circunstancias que racionalmente permiten inferir una sospecha de vinculación, criterio previo o interés en la causa. Al respecto, la doctrina sostiene que: "La regulación de la imparcialidad en las leyes no atiende, pues, a descubrir el ánimo de cada juzgador en cada caso, lo que sería materialmente imposible. Se conforma con establecer unas situaciones concretas y constatables objetivamente, concluyendo que si algún juez se encuentra en las mismas debe apartarse del conocimiento del asunto o puede ser separado del mismo" (NUÑEZ OJEDA, R., "La imparcialidad objetiva del juzgador y el principio acusatorio (El caso español)" en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Editorial Jurídica de Chile, Nc.1, Santiago, enero de 1998, p.4).

II- Que de la documentación remitida por la Jueza del Tribunal de Sentencia de esta ciudad, Licenciada […] se desprende que, efectivamente, tal como lo expresa, el hecho atribuido al procesado […] es el mismo que ya fue objeto de su conocimiento en el proceso penal contra los imputados […]; que, además, la víctima y la prueba que pretende discutirse en la vista pública es precisamente la misma que ya fue controvertida y valorada en éste último proceso penal, en el cual se declaró penalmente responsables de la acusación fiscal; que, por consiguiente, la excusa planteada se enmarca dentro del supuesto establecido en el art. 66 N° 1 Pr. Pn., pues el cúmulo de acervos probatorios evaluados en la vista pública, hace suponer que ciertamente la referida juzgadora tiene un criterio preformado del caso, por ser idénticos a los que posteriormente conocerá, de manera que si decidiera al fondo de la controversia actual podría verse comprometida su imparcialidad, dado que tendría que conocer sobre las cuestiones fácticas y jurídicas ya evaluadas; que, por tal razón, ésta Cámara considera que la referida juzgadora ha cumplido con el deber ético y legal de plantear oportunamente una circunstancia de impedimento y en consonancia con lo previsto en los arts. 186 inc. 5° Cn. y 4 Pr. Pn., 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, este Tribunal estima procedente separar a la Jueza […] del conocimiento de la causa penal contra el señor […], a fin de que otro Juez de sentencia la reemplace y conozca de dicho proceso, tal como lo prescribe el art. 69 Pr. Pn.; por lo que deberá designarse al Juez de Sentencia de esta ciudad, Licenciado […] para que tome inmediatamente el conocimiento del mismo y realice la vista pública al referido procesado."

Cámara de la Segunda Sección de Occidente, número de referencia: INC-EXC-5-18, fecha de la resolución: 25/01/2018

FALSEDAD DOCUMENTAL AGRAVADA

ACTA DE NOTIFICACIÓN EMITIDA POR EMPLEADO PÚBLICO CONSTITUYE UN DOCUMENTO AUTÉNTICO, PUES ÉSTE SE CONSTITUYE EN UN FEDATARIO PÚBLICO DE LOS ACTOS QUE REALIZA

"Tenemos entonces que el objeto material del delito, es un ACTA DE NOTIFICACIÓN, emitida por el imputado [...] en su calidad de NOTIFICADOR C-1 del Juzgado de Paz de Apopa de este departamento. Este cargo se comprueba con la copia certificada del Acuerdo de Nombramiento de fecha seis de abril de dos mil tres, que corre agregado al folio 44, en el que se hace constar que por haber concluido su período de prueba de tres meses, la Juez de Paz de Apopa, en ese entonces, la Licenciada Rosa Lilian Ponce, le nombra en el cargo antes enunciado. Así mismo se relaciona certificación del Libro de Actas y Acuerdos que llevó el Juzgado de Paz de Apopa durante los años de 1998 al 2007, y en el que consta el Acuerdo número VEINTE, de las ocho horas y cincuenta minutos del día seis de abril de dos mil tres, en la que consta el nombramiento del señor [...] en el término de prueba en el cargo de notificador c-1, de ese juzgado, de folios 120-123. A partir de esa fecha el procesado se desempeña en el cargo, lo que se puede comprobar con y Certificación de Libro de Asistencia del Personal

que registró el Juzgado de Paz de Apopa durante los años 2012-2016 de folios 124 vuelto a folios 127, en el que consta que el día de los hechos el señor [...], en su calidad de notificador c-1 del Juzgado referido, se presentó a trabajar a su jornada laboral habitual, y justamente al momento de emitir el acta de notificación redargüida de falsa, lo hizo en el ejercicio de sus funciones.

Continuando con el análisis, el cargo de NOTIFICADOR C-1, le da las facultades de un empleado público con obligaciones y responsabilidades a su cargo. El Art. 39 del Código Penal, que se denomina **Concepto de Empleado Público y Municipal, Autoridad Pública y Agente de Autoridad**, en el numeral tercero dice: Para efectos penales, se consideran: …EMPLEADOS PÚBLICOS O MUNICIPALES como: todos los servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o Delegación del funcionario o superior jerárquico.

En atención a lo expuesto anteriormente, si bien un EMPLEADO PÚBLICO carece de poder de decisión, el mismo actúa como un delegado de un funcionario o superior jerárquico, en ese sentido, el NOTIFICADOR de un juzgado de Paz, se constituye como un fedatario de los actos de notificación o comunicación que emite, y que repercuten directamente en las decisiones judiciales que se toman por la autoridad pública. Esta función que es fedataria de los actos de comunicación, le da RELEVANCIA JURÍDICA A LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN que emite en el desempeño de sus funciones, en auxilio de la institución judicial a la cual está subordinado laboralmente.

Por otro lado, el cargo de NOTIFICADOR C-1, de un Juzgado de Paz, citando el art. 25.5 del Manual de Clasificación de Cargos del Órgano Judicial sobre la naturaleza del cargo señala: trabajo de oficina dentro y fuera de las dependencias para llevar las resoluciones emitidas por los funcionarios judiciales a las personas interesadas en diferentes procesos jurídicos; y como dependencia jerárquica señala: Se reporta y recibe instrucciones del Secretario de Sala, Cámara, Juzgado, y no tiene personal a su cargo. Teniendo entre sus responsabilidades y atribuciones: 1. Notificar resoluciones emitidas por las Salas, Tribunales y funcionarios judiciales… 4. Levantar actas de notificación y mecanografiarlas.

El anterior articulado, aunado a lo preceptuado en los arts. 78 numeral primero de la Ley Orgánica Judicial que dice: Son obligaciones de los Secretarios de los Juzgados 1. Practicar de la manera prevenida por la ley los emplazamientos, citaciones y notificaciones que se ofrezcan dentro y fuera de la oficina, relacionado con el art. 70 numeral séptimo de la referida ley. Así mismo, el art. 142 del Código Procesal Penal, establece en la disposición denominada Asistencia del Secretario establece en su segundo inciso que a estos les corresponde ordenar las notificaciones, entre otras funciones. El art. 157 Pr. Pn., establece: “Las notificaciones serán practicadas por el Secretario o por el AUXILIAR DESIGNADO al efecto o por las oficinas que la Corte Suprema de Justicia determine administrativamente. Si es necesario se requerirá el auxilio de otras autoridades para practicar la notificación. (se resalta con mayúsculas por esta Cámara donde la ley establece la designación de autoridad para el ejercicio de las notificaciones).

Entonces, podemos concluir con lo analizado anteriormente y las disposiciones legales citadas, que la función de notificar actos de comunicación, de una dependencia judicial, le es delegada al NOTIFICADOR, quien como empleado

público, da fe de sus actos, en nombre y representación de su superior jerárquico y la dependencia judicial a la que pertenece.

En conclusión las notificaciones como actos de comunicación de un Tribunal o Instancia Judicial, despliega una serie de efectos jurídicos, en torno a las resoluciones que se emiten, y cuya alteración o falsedad de los mismos acarrea la nulidad de dichas actuaciones y los actos posteriores pronunciados en el proceso, por lo que no es procedente asegurar que este tipo de documentos no tengan relevancia jurídica, como lo sostiene el juez a quo en su resolución objeto de alzada."

Respecto al tema de atipicidad sostenido por el Juez a quo, en cuanto a la conducta que radica en la calidad del imputado como empleado público, y el tipo de documento que para él carece de relevancia jurídica, al hacer una aplicación literal del Art. 331 del Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles, con base a lo analizado anteriormente se considera:

En razón de lo anterior, surge la interrogante, ¿puede aplicarse la Ley de Procedimientos Civiles y Mercantiles en defecto de la Ley Penal pertinente, en este caso, derogar parcial y tácitamente el artículo 284 Pn., cuando se refiere a documentos auténticos, cuando el art. 331 del Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles, estipula únicamente que existen documentos de tipo público y privados?

La aplicación supletoria de una ley respecto de otra procede para integrar una omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones en forma que se integren con otras normas o principios generales contenidos en otras leyes. Así, para que opere la supletoriedad es necesario que: a) el ordenamiento legal a suplir establezca expresamente esa posibilidad, indicando la ley o normas que pueden aplicarse supletoriamente, o que un ordenamiento establezca que aplica, total o parcialmente, de manera supletoria a otros ordenamientos; b) la ley a suplir no contemple la institución o las cuestiones jurídicas que pretenden aplicarse supletoriamente o, aun estableciéndolas, no las desarrolle o las regule de manera deficiente; c) esa omisión o vacío legislativo haga necesaria la aplicación supletoria de normas para solucionar la controversia o el problema jurídico planteado, sin que sea válido atender a cuestiones jurídicas que el legislador no tuvo intención de establecer en la ley a suplir; y, d) las normas aplicables supletoriamente no contraríen el ordenamiento legal a suplir, sino que sean congruentes con sus principios y con las bases que rigen específicamente la institución de que se trate.

En el caso concreto, el art. 705 del Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles, manifiesta que únicamente quedan derogadas las leyes concernientes ahí establecidas, más no otras que no se encuentren relacionadas directamente. La respuesta sería, que la aplicación supletoria de un ordenamiento jurídico diferente en materia, al concerniente al caso concreto, solo es posible si la disposición contiene vacíos legales o remite a la ley adjetiva o procesal general expresamente.

Así mismo el precepto legal atendido en el Art. 284 del Código Penal, que establece que la falsedad se comete en tres tipos de documentos, deja latente la existencia del documento AUTENTICO, es decir, a todo documento que se haya autorizado de manera que haga fe y deba ser creído, todo escrito que hace

fe por sí mismo y no requiere ningún otro adminículo para su validez. Todos los instrumentos autorizados en debida forma por personas públicas en los negocios correspondientes a su cargo o empleo; la autenticidad también es aquella que reviste el documento capaz de probar por sí mismo y de manera fehaciente su contenido, lo que permite presumir la existencia de un hecho. Es importante tener claro, que todo documento público es auténtico pero no todo documento auténtico es público. Para la conceptualización amplia, el termino autenticación no incluye solamente el autor del documento, sino también da fe del lugar y la fecha en que se emite y el hecho o negocio que se consigna, siendo estos los elementos que sirven para identificar el documento."

DOCUMENTOS QUE REVISTEN DE AUTENTICIDAD CON RELEVANCIA JURÍDICA

"En el caso concreto, el tipo penal establece que la falsedad recae sobre documentos de tipo públicos, que la ley procedimental nos los caracteriza, y en Documentos Auténticos, los cuales se entiende son aquellos que por la calidad de quien los otorga revisten de autenticidad, como el acta de notificación en el presente caso, que si bien no es un Documento Público por definición, según el art. 331 del Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles, tampoco es un Documento Privado, otorgado por particulares, ya que en primer lugar el mismo es emitido por un Empleado Público en el ejercicio de sus funciones, y como auxiliar de una dependencia judicial para materializar los actos de comunicación de un proceso jurídico, habiéndose falseado en el caso concreto su contenido en relación al lugar y la fecha en que se emite el hecho; cuyo acto despliega efectos jurídicos a las partes procesales, y es de relevancia jurídica para el cómputo y el ejercicio de derechos y facultades legales, tanto así, que su omisión o falsedad acarrea la nulidad del proceso por la parte que lo alega o de oficio en su caso, una vez se advierte dicho defecto de forma o procedimiento. Dichos efectos no solo trascienden directamente a las partes involucradas en el proceso, sino que también la legalidad del Debido Proceso, la desconfianza de las instituciones, en la administración de la justicia, repercutiendo en la seguridad jurídica; por lo tanto, el hecho acusado si tiene gran relevancia jurídica en el tráfico jurídico, lo que generó la nulidad del proceso Ejecutivo Mercantil.

Estos delitos que protegen la Fe Pública como bien jurídico, se consuman cuando el documento público o autentico queda perfeccionado como tal, es decir, "con todos los signos de autenticidad que las leyes y reglamentos requieren (firmas, sellos, etc.), aunque no se hayan realizado todavía los actos necesarios para oponerle la prueba por él constituida a terceros, pues ya desde aquel momento nace la posibilidad de perjuicio." (CREUS, CARLOS. "Falsificación de Documentos en General.", p. 141, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1986.) **Ref. Sentencia número 88-CAS-2012, pronunciada por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, a las ocho horas con treinta y cinco minutos del día cinco de octubre de dos mil doce**.

Tenemos entonces como elemento objetivo del delito que se le atribuye al procesado [...] es un **ACTA DE NOTIFICACIÓN,** en la que se consignó que al **********, en este departamento, a las nueve horas y veinte minutos del día ocho de diciembre del año dos mil quince, notificó personalmente un decreto de em-

bargo y la demanda que lo motiva a los demandados en su calidad de codeudores señores MJF y JLVF, consignando además que se les entregó copia de lo notificado y que ambos no quisieron firmar por no querer hacerlo ni se identificaron con documentos de identidad por no tenerlos a la mano. Dicha acta de notificación fue emitida por el procesado en su calidad de NOTIFICADOR del Juzgado de Paz de Apopa, en atención al auxilio judicial solicitado al Juzgado de Paz de Apopa por el Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil de San Salvador.

El anterior documento es auténtico, por cuanto reviste todas las características de ser un acto de comunicación autenticado, dado por un empleado público en el ejercicio de sus funciones, en atención a delegación, y que fue incorporado al proceso pertinente, desplegando los efectos jurídicos del acto de notificación. Hasta este momento el documento cumple con los requisitos que establece la **Notificación Personal**, regulada en el art. 161 del Código Procesal Penal, que dispone: "cuando la notificación sea en persona, se dejará constancia del acto con la indicación de la fecha y la firma del notificado y del notificador".

Ahora bien, aunado a lo anterior y para determinar que se trata de un documento autentico, con RELEVANCIA JURÍDICA, contrario a lo que sostiene el juez a quo en su resolución de mérito, la doctrina sostiene que el documento ha de estar destinado a entrar en el tráfico jurídico y tener eficacia probatoria o algún tipo de relevancia jurídica, por lo que se estima que el documento no es solo medio de comunicación del pensamiento, o declaración de voluntad de una persona a otra, sino una materialización de cualquier otro dato o hecho, la cual no siempre puede producirse por el signo escrito.

En tal sentido para que el documento contenga relevancia jurídica debe de cumplir con tres funciones básicas: **1. función de perpetuidad**, es aquella que atiende a la forma externa en que aparece la declaración de pensamiento, constituye la función que desempeña el documento que se circunscribe a la fijación de una declaración de pensamiento, esto es, a la materialización de la misma sobre un determinado soporte que permita su perdurabilidad, que la haga apta para subsistir en el tiempo. 2. **La función de garantía**, desarrollada por el documento es aquella que se refiere a la recognoscibilidad del autor en el mismo. El documento, en tanto fija una declaración de pensamiento, debe poder ser imputado a alguien como autor de la declaración, y del mismo modo, como autor del documento, del cuerpo al que la declaración se incorpora. 3. **Función probatoria**. En primer lugar, es necesario que el documento esté destinado para la prueba; se precisa una voluntad de incluir el documento en el tráfico jurídico, que presupone la existencia de un acto interno de los interesados de incluir el documento en el tráfico. La determinación probatoria parece exigir la existencia de un "animus probando" o la confección de un documento con finalidad de pre-constitución probatoria.

Por consiguiente la conducta reputada como falsaria habrá de atentar contra alguna estas funciones a los efectos de tener el carácter de ilícito penal, contrario sensu de no afectarse alguna de las tres, el hecho carece de relevancia penal. Y precisamente, el documento relacionado anteriormente que consiste en acta de notificación y es el objeto material del delito, cumple con las tres funciones, capaz de revestirle de suficiente relevancia jurídica, para que su falsedad sea del ámbito penal.

La acción falsaria consiste en una mutación de la verdad jurídicamente relevante en alguna de las formas típicas recogidas en los Arts. 283 y siguientes del Código Penal. Son dos los requisitos conformadores de tal conducta. Una de ellas es la mutación de la verdad "mutatio veri" y otra la imitación de la verdad "imitatio veri", en documentos "ex novo", es decir que no existían previamente a su fabricación falsaria. Documento, según el Autor Francisco Muñoz Conde, se define como: "toda materialización de un dato, hecho o narración, es decir todo objeto que sea capaz de recoger algún dato, o una declaración de voluntad, o pensamiento atribuible a una persona, y destinada a entrar en el tráfico jurídico".

El Acta de Notificación debe de contener para su validez, el lugar o dirección donde se realiza, la persona a quien se realiza el acto de notificación con su respectiva identificación, la hora y el día en que se realiza el acto de comunicación y la respectiva resolución o acto que se notifica, así como la firma de autenticación del notificador, secretario o delegado que la realiza, haciendo constar que se entregan copias de la resolución notificada.

En el caso concreto, el acta de notificación contiene una información falsa, que se determina luego de que se presentara por la parte demandada Certificación de Partida de Defunción del señor MJF, emitida por la Alcaldía de Guazapa en la que se hace constar las causas de la muerte, y que esta persona falleció a las diez horas y treinta minutos del día veintiuno de enero de dos mil trece. Este elemento probatorio está anexo al proceso a folios 16 precisamente, y con el mismo se establece que es materialmente imposible que el procesado notificara personalmente al demandado ya que había fallecido hacía tres años a la fecha en que lo hizo constar que se le estaba notificando personalmente y entregando copias de la resolución.

Así mismo, el documento objeto material del delito, redargüido de falso, fue ingresado al tráfico jurídico, cuando se incorporó dicha diligencia de notificación al proceso ejecutivo mercantil en el Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil de San Salvador, desplegando sus efectos jurídicos en dicho proceso hasta llegar a la instancia que dentro del mismo, posteriormente se incorporó la partida de defunción del demandado señor MJF, con el objeto de probar que materialmente era imposible realizar lo contenido en el acta, de notificación de Embargo y Demanda, teniendo como consecuencia posterior que se declara la nulidad del acto de notificación con fecha ocho de diciembre de dos mil quince, lo que causo agravio en las partes procesales y lesiona el bien jurídico fe pública.

La falsedad material o ideológica, es agravada, según el art. 285 C. Pn., cuando el autor fuere funcionario o empleado público, o notario, y ejecutare el hecho en razón de sus funciones, aumentándose en este caso la sanción hasta en una tercera parte del máximo de la pena respectiva, ya señalada, imponiéndose además la inhabilitación especial para el ejercicio del cargo, empleo o función, por igual tiempo, encontrándonos que el caso que hoy nos ocupa, se enmarca dentro de la agravante a que se está haciendo referencia en este apartado."

En cuanto a la ausencia de DOLO, en el presente caso, sostenida por la defensa técnica del procesado, quien manifestó: "…que el actuar de su representado Nunca hubo Dolo, lo que sí pudo existir, es la falta de diligencia y celo en el desempeño De su trabajo, de acuerdo a lo que establecido en el artículo 31 literal b) ley de la Ley de Servicio Civil, en cuanto a los deberes de los empleados

y funcionarios públicos se refiere, en este Caso la falta de diligencia al momento de realizarse la notificación deriva en una Sanción administrativa misma que, fue impuesta por la jueza del Juzgado de Paz de Apopa…”., se hacen las SIGUIENTES CONSIDERACIONES:

El autor Miguel Langon Cuñarro, dice que el Dolo, se sitúa en la intencionalidad según pautas objetivadas en el proceso. El referido autor también resalta, que la intención, el dolo, sigue siendo un aspecto íntimo, individual de la conciencia humana, que no puede conocerse de otro modo que a través de la explicación del mismo al exterior, por las trazas que deja en los hechos objetivos realizados.

Entonces, la concurrencia de este elemento subjetivo que radica en la intencionalidad y previo conocimiento de la conducta y sus acciones debe de ser determinado en la etapa de juicio, ante el desfile probatorio y la valoración integral de la prueba, no pudiendo descartarse ni inferirse el mismo, a este momento procesal.

Por lo que en razón de lo analizado y considerado anteriormente, los argumentos jurídicos expuestos por el Juez a quo de la causa, son improcedentes, ya que se ha hecho una interpretación errónea de aplicación pertinente al caso concreto, para desacreditar el valor jurídico que tiene el documento redargüido de falso, y excluir de responsabilidad al imputado, sobreseyéndole anticipadamente.

Para lo cual cuenta con los elementos probatorios ofertados por fiscalía en el dictamen de acusación son:

1. Certificación del Expediente Ejecutivo Mercantil DOSCIENTOS TRES-PEQUINCE-DOS CM DOS (UNO), remitido por el Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil de San Salvador, en el cual se adjunta la certificación judicial de los pasajes más importantes de dicho expediente con la cual se probará que el notificador del Juzgado de Paz de Apopa, señor **********, consignó un acta falsa de notificación de fecha ocho de diciembre de dos mil quince, información y hechos que no existen por ser imposibles de realizar, ya el señor MJF YA HABÍA FALLECIDO a las diez horas y treinta minutos del día veintiuno de enero del año dos mil trece, con asistencia médica de un paro cardiaco, tuberculosis pulmonar, y VIH Sida, falleció en ********** de la jurisdicción de Guazapa a la fecha en que se emitió la notificación, según consta en la certificación de partida de defunción extendida por la Alcaldía de Guazapa que se encuentra agregada a dicha certificación, a folios 20 mediante Certificación de Partida de Defunción, otorgada por la Alcaldía Municipal de Guazapa y acta se verifica que el señor antes relacionado había fallecido, por solicitud del juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil de San Salvador, emitida por el señor [...], en su calidad de notificador, de las diez horas y quince minutos del día quince de marzo de dos mil diecisiete en **********, de la ciudad de Apopa, en la cual se hace constar que el señor MJF ya había fallecido, en la fecha en que consta en la certificación de la partida de defunción. Así mismo en esa certificación de los pasajes más importantes del proceso Ejecutivo Mercantil se puede advertir las consecuencias jurídicas que tuvo la incorporación al proceso de la notificación

falsa, que acarreó la nulidad del mismo, entendida esta como documento autentico redargüido de falso.

2. Certificación de la Impresión de Pantalla-Hoja Mecanizada del Documento Único de Identidad número: **********, perteneciente al señor [...], extendida por la infrascrita Directora de Identificación Ciudadana del Registro Nacional de las Personas Naturales del día diecinueve de Octubre de dos mil diecisiete;
3. Acta de Remisión del imputado [...], de fecha uno de Diciembre de dos mil diecisiete, suscrita por el Agente Captor Sargento GFG, auxiliado del agente AAU, con la que se establecen específicamente las circunstancias en las que el imputado fue detenido, con la que se prueban las circunstancias en las que el imputado fue detenido.

Elementos que esta Cámara considera suficientes para habilitar la etapa de juicio y discutir lo pertinente a la concurrencia o falta de dolo en la etapa de juicio."

PROCEDE REVOCAR SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO DEBIDO A QUE DOCUMENTO OBJETO MATERIAL DE LA IMPUTACIÓN ES UN DOCUMENTO AUTÉNTICO CON RELEVANCIA JURÍDICA, EN LA QUE SE CONFIGURA LA AGRAVANTE DE SER EMITIDA POR EMPLEADO PÚBLICO

"Por último, la Cámara considera que el documento objeto material de la imputación, emitido por un Empleado Público en este caso, según la consideración penal que hace el artículo 39 de la Ley Penal, que para efectos penales en su numeral tercero establece lo que considera un empleado público; lo cual tal como se ha relacionado reviste tal calidad el imputado, configurándose la agravante respectiva por tratase en el caso concreto de un NOTIFICADOR del Juzgado de Paz de Apopa, hacen que este documento revista las características de un DOCUMENTO AUTENTICO, con relevancia jurídica, que se encuentran dentro de la clasificación de los documentos objeto de tipicidad ante falsedad, según art. 283 y 284 del Código Penal; siendo procedente en el presente caso, por las razones expuestas supra, revocar la decisión del Juez instructor de sobreseer definitivamente al imputado [...], y habilitar en su contra la etapa de juicio, ordenándole al juez instructor admita toda la prueba ofertada por fiscalía en el dictamen de acusación, para lo cual deberá convocar a Audiencia Especial a las partes intervinientes en el proceso, debiendo valorar el Juez Instructor respectivo, la medida cautelar que deberá imponer al referido imputado, garantizando el cumplimiento de lo expuesto en los numerales 1, 3, 10, y 12 del Art. 362 Pr. Pn., y deberá darle cumplimiento a lo establecido en el Art. 364 del Código Procesal Penal."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-143-2018, fecha de la resolución: 12/06/2018

FALSEDAD IDEOLÓGICA AGRAVADA

CONSIDERACIONES SOBRE EL ERROR DE TIPO VENCIBLE

"En el presente caso, el impetrarte señala vicios de la sentencia comprendidos en los numerales 3° y 5° del art. 400 del Código Procesal Penal referentes al defecto de la sentencia cuando se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio, y que a su vez dicha valoración lesiona las

reglas de la sana crítica, en cuanto a que el juez valoró la declaración jurada de la señora [...] que consta agregada al proceso de folios 10, y que fue agregada al expediente administrativo que se siguió en la Sección de Investigación Profesional contra dicho imputado, en su calidad de Notario, los cuales ya habían sido excluidos por el mismo juez de ser valorados; específicamente alega el recurrente cuando el juzgador de sentencia le da valor y crédito a la declaración indagatoria que este rindiera en juicio el imputado [...], haciendo uso de sus derecho de defensa material, manifestando además que este imputado reconoce en su propia declaración que firmó el documento sin tener presente a las partes que constan en documento objeto de discordia y sobre el cual recae la falsedad, siendo este una persona imputable, por ser Abogado y Notario en el ejercicio, con conocimiento pleno de las leyes, y por tanto, debió de habérsele condenado y no absuelto.

El juez sentenciador respecto a esta argumentación en su sentencia objeto de alzada manifestó sobre el punto en discusión: “De igual manera la declaración jurada que habría rendido la señora [...], se valora los actos que se realizan como actos urgentes de comprobación, los supuestos en los que la ley señala que tienen valor probatorio, los anticipos de prueba, la prueba mediante informes, peritajes y los documentos que sean oficiales son susceptibles de valorar; un acta de entrevista o una declaración jurada no constituyen pruebas porque no están sujetas a la inmediación del Juez, deben de producirse ante un Juez y sujetos a contradicción por la parte contraria, en ese sentido la prueba que no cumple con esos requisitos ha sido excluida... El tribunal ha inmediado de viva voz, la declaración que como imputado rindiera [...], quien reconoce que ha suscrito ese documento en San Salvador, cuando venía fechado en lugar de expedición en Sensuntepeque, Cabañas. El perito también ha resuelto su dictamen que la firma objeto de análisis presente en el documento dubitado, ha sido elaborada por el señor [...]. La impresión de sello húmedo objeto de análisis, presente en el documento dubitado proviene de la misma fuente u origen que el tenido de comparación, es decir que concluye con estas dos pruebas, la declaración del imputado y el peritaje que, el acta notarial fue suscrita y fue sellada por don [...]...”.

Al respecto la Cámara analiza lo siguiente: El documento que se alega como falso, reviste las características de un ACTA NOTARIAL, por haber sido autorizado por Notario facultado por la ley. El documento tiene las diez horas y cinco minutos del día veintitrés de octubre de dos mil catorce, otorgado por el Notario Licenciado [...], en la ciudad de Sensuntepeque, departamento de Cabañas, y en el mismo se legaliza la firma que concede la autorización del padre del menor señor [...], a la señora [...] para que pueda tramitar la emisión del pasaporte de su menor hijo. Este documento fue objeto de Experticia Grafo-Técnica comparativa de sello de Notario del Licenciado [...], respecto al sello y firma impresos en el documento objeto material del delito que se investiga, dictaminándose que tanto la firma como el sello son auténticos y provienen de la fuente u origen que se ha tenido a comparación.

El ACTA NOTARIAL, otorgada por Notario y objeto de la presente investigación cumple con tres funciones para ser idóneo. La función de perpetuidad, es aquella que atiende a la forma externa en que aparece la declaración de pensamiento, constituye la función que desempeña el documento que se circunscribe

a la fijación de una declaración de pensamiento, esto es, a la materialización de la misma sobre un determinado soporte que permita su perdurabilidad, que la haga apta para subsistir en el tiempo. La función de garantía, desarrollada por el documento es aquella que se refiere a la recognoscibilidad del autor en el mismo. El documento, en tanto fija una declaración de pensamiento, debe poder ser imputado a alguien como autor de la declaración, y del mismo modo, como autor del documento, del cuerpo al que la declaración se incorpora. Función probatoria. En primer lugar, es necesario que el documento esté destinado para la prueba; se precisa una voluntad de incluir el documento en el tráfico jurídico, que presupone la existencia de un acto interno de los interesados de incluir el documento en el tráfico. La determinación probatoria parece exigir la existencia de un "animus probando" o la confección de un documento con finalidad de pre-constitución probatoria. Por consiguiente la conducta reputada como falsaria habrá de atentar contra alguna estas funciones a los efectos de tener el carácter de ilícito penal, contrario sensu de no afectarse alguna de las tres, el hecho carece de relevancia penal (Enrique Bacigalupo en Delito de Falsedad Documental, la edición, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2002, p. 37).

Así mismo el documento objeto material del delito, redargüido de falso, fue ingresado al tráfico jurídico, al momento en que la señora [...], se presentó a la Dirección de Migración y Extranjería a tramitar la emisión del pasaporte de su menor hijo; y por tanto, dicho documento notarial lesiona el bien jurídico protegido.

La investigación inicia cuando la Dirección de Migración y Extranjería verifica que el firmante del documento y padre del menor que autoriza a la madre para la emisión del pasaporte no tiene registros de ingresos al país desde el año dos mil cuatro, cuya salida la hizo al país vecino de Guatemala, razones por las cuales se entrevistó a la señora [...], madre del menor de edad, para ahondar en el caso, sin embargo esta persona no compareció a juicio en calidad de testigo; por lo tanto, no fue valorada por el Juez a quo, así mismo, se desechó la intervención del testigo de cargo propuesto por fiscalía señor [...], quien entrevistó a la señora en la fase administrativa investigativa, ya que este no fue propuesto como testigo de referencia. Por otro lado, el Juez a quo tampoco valoró, y fue claro en su considerando citado, la declaración jurada que corre agregada a dicho proceso administrativo de folios 10, suscrita por el señora [...], contrario a lo que dice la representación fiscal como punto de impugnación; por tanto, no es cierto que se caiga en la violación de la sentencia por la concurrencia del numeral 3° del art. 400 del Código Procesal Penal que establece: "Que se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio".

Esta Cámara analizando la sentencia absolutoria, y el fundamento del juez sentenciador se basa o recae en la aplicación de error de tipo vencible y la falta de dolo de parte del imputado [...], a través de la declaración indagatoria que este rindiera en juicio, dándole valor a este elemento probatorio, y analizándolo para lo cual el Juez Sentenciador, manifestó lo siguiente:

"...A juicio del tribunal, el comportamiento del señor [...], no solamente es negligente en término de incumplir con su deber profesional de verificar que la persona que comparece o la persona que él da fe que ha suscrito, o cerciorarse que la persona que él ha tenido ante sí, es la persona que firma y sella los

documentos, si bien es cierto esa es una práctica bastante grave y que desacredita la profesión; en estos casos generan un descrédito profesional al darse fe pública notarial de actos que no son ciertos... Podría verse desde el punto de vista dogmático de un error del tipo del artículo 28 del Código Penal... En los supuestos del error vencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal, en este caso el tratamiento es de un delito culposo, pero sabernos que no existe la falsedad material culposa y no existe la falsedad ideológica culposa, no hay una correspondencia para el trato dogmático, el tratamiento dogmático sería un supuesto de error, el señor [...] ha cometido un error, y este error recae en el aspecto objetivo y subjetivo, en el aspecto objetivo porque no es cierto que el señor [...] haya comparecido ante sus oficios y el aspecto subjetivo es que el señor [...] desconocía que había un asunto de falsedad... el delito culposo para la figura de la Falsedad Documental culposa, o Falsedad Ideológica culposa, eso sencillamente son impunes ante la ausencia de dolo estarnos en presencia de lo que la defensa ha argumentado un asunto de responsabilidad objetiva.

Al respecto, y sobre la valoración hecha por el juzgador a quo, respeto a la concurrencia de un error de tipo vencible, que regula el Art. 28 del Código Penal y que establece: “”...Si el error fuere vencible atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será sancionada en su caso como culposa”: en el cual la persona comete falsedad objetivamente, pero con la ausencia de uno de los elementos del tipo, es decir del elemento subjetivo” y su penalidad en el Art. 69 del mismo cuerpo de ley; que ampara la sentencia absolutoria pronunciada en el presente caso.

Según Fernando Velásquez, el ERROR DE TIPO, es una discordancia entre la conciencia del agente y la realidad, esto es, supone que el autor se represente de manera equivocada lo existente (falta la conciencia, pero la realidad existe); desde luego, el error es de tipo cuando el momento cognoscitivo del dolo no abarca el aspecto objetivo del supuesto de hecho en la forma requerida por cada figura. En otras palabras: hay error de tipo cuando no existe conocimiento de que se realiza el aspecto objetivo del tipo, por lo que la conducta deviene atípica. (VELÁSQUEZ V. Fernando, “Manual de Derecho Penal”. Parte General, 2da. Edición, editorial Temis, Bogotá-Colombia, 2004, pp. 295-296).

El ERROR DE TIPO VENCIBLE, lleva su presencia al ámbito de la culpabilidad, dejando íntegro el injusto doloso o culposo, excluyendo la responsabilidad o bien anulándola (vencible). Existe error de prohibición no sólo cuando el autor cree obrar lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su hecho, este juicio no se extiende sobre lo fáctico (elementos que lo hacen típico) sino sobre su carácter antijurídico: acá el autor sabe lo que hace y lo que quiere, más no conoce de su prohibición, ignorancia que extiende su representación sobre el tratamiento que le da el derecho penal al hecho -sobre su valoración jurídico penal- se produce entonces una ceguera ante los principios mínimos de convivencia social, los cuales son recepcionados por todos los casos, el agente, conociendo los hechos, actúa con una representación de su significación jurídica que contradice. HURTADO POZO, “Manual de Derecho Penal...”, pág. 663.

Según sentencia de la SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, de las nueve horas y cuarenta minutos del día veintiuno de septiem-

bre de dos mil cuatro, con número de referencia 19-CAS-2004, se establecen tres supuestos concretos en que puede darse la concurrencia del ERROR: "..Del contenido normativo del Art. 28 Pn. y de lo que la doctrina enseña a ese respecto, es claro que el error de prohibición es viable de suscitarse en tres supuestos concretos: a) Cuando el sujeto desconoce la existencia de la norma prohibitiva (error directo); b) la falsa creencia de ostentar una autorización o permisión normativa; y, c) el sujeto obra en la creencia errónea de una causa de justificación inexistente (error indirecto estos dos últimos)...".

En la jurisprudencia nacional, la existencia de error evitable, conlleva la supresión del dolo y deja inmutable únicamente la responsabilidad culposa, al respecto la Sala de lo Penal expone:

"...De los argumentos transcritos, se hace necesario retomar el Art. 28 Pn., que desarrolla el error invencible y el vencible, y lo regula textualmente de la siguiente manera: "El error invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será sancionada en su caso como culposa. --- 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 a la pena en los términos expuestos en el artículo 69 de este Código.".

Una interpretación de la primera parte del artículo transcrito lleva a entender que un error sobre el hecho constitutivo de la infracción penal (o error de tipo) existe cuando el autor no conoce uno de los elementos del tipo penal que debe ser abarcado por el dolo y que atendiendo a si el error es invencible o vencible excluye la responsabilidad penal o la sanciona en su caso como culposa, respectivamente.

Lo anterior, conduce a la consideración de que la vencibilidad del error de tipo, equivale a su evitabilidad, y para que esta clase de error sea evitable, ha de examinarse la capacidad de que el sujeto que conoce los elementos del tipo penal, haya observado el debido cuidado, que depende, de sus circunstancias sociológicas y culturales. Consecuentemente, ha de entenderse, que el error de tipo vencible es aquel en el cual se pudo impedir la comisión del delito, empleando una diligencia normal o la que estuvo al alcance del autor en las condiciones en que actuó, ello en razón, de que se elimina el dolo dejando subsistente la responsabilidad culposa, lo que implica, que de encontrarse regulada la misma conducta en su forma imprudente, será sancionada con dicha penalidad". (Sala de lo Penal/Sentencias Definitivas, referencia 100-CAS-2012, del día diecisiete de octubre de dos mil doce.)."

VIOLACIÓN DE LAS REGLAS DE LA SANA CRITICA AL ABSOLVER AL IMPUTADO ALEGANDO LA CONCURRENCIA DE UN ERROR DE TIPO VENCIBLE

"La Cámara considera que existe una clara violación de las reglas de la Sana Critica, precisamente en cuanto al principio de la LÓGICA Y RAZÓN SUFICIENTE, al argumentar la absolución del imputado alegando la concurrencia de un error de tipo vencible en un paradojismo, es decir, en un hecho o elemento contrario a la lógica aplicable, que le permite llegar a una conclusión

errada de la situación jurídica que se ventila ante su discernimiento, basándose entonces el justiciable en un elemento jurídico inválido para construir el error del procesado [...], que a la postre le absuelve de todo tipo de responsabilidad penal y civil derivada del delito. El elemento inválido o no medular, radica en que el Juez asume en su resolución que el imputado no tenía conocimiento y confió en su colaboradora señora [...] en cuanto a que el firmante estuvo presente al momento de la elaboración del documento, por lo cual carecía de dolo cuando este lo autorizó; lo cual no es un argumento válido jurídicamente y contradice la lógica y razón suficiente, por las razones jurídicas que se explicarán a continuación.

Se señala que existe violación del principio de Razón Suficiente, entendido este como principio lógico, se extrae de la Ley de La Derivación y se define así: "Todo juicio, para ser realmente verdadero, necesita de una razón suficiente que justifique lo que en el juicio se afirma o se niega en pretensión de verdad". Según Sentencia 389- CAS-2004 de las nueve horas con cuarenta y cuatro minutos del día veintiocho de junio de dos mil cinco; "Las Reglas de la experiencia son parámetros básicos que nos permiten explicar la ocurrencia de ciertos fenómenos y cuya extensión, notoriedad, regularidad e identidad, han permitido convertirlos en estándares generales para la comprensión de acontecimientos suscitados a lo largo del tiempo, concepción que es esencial para la correcta formulación del pensamiento y que, se relaciona con el principio lógico de razón suficiente, originado a partir de la ley de la derivación, la cual postula: todo razonamiento debe ser "derivado", es decir, ha de provenir de inferencias o deducciones coherentes. En virtud de este principio, la validez de cualquier proposición ha de ser producto de suficientes fundamentos que le dan consistencia, a través de los cuales aquella se tiene por verdadera.

Aplicando a la motivación de la sentencia, todo razonamiento conducente a una decisión, debe ir precedido de las razones de hecho y de derecho que lo respaldan; de igual forma, estos fundamentos han de guardar entre sí la debida armonía, de tal manera que, los elementos de convicción que concurren a integrar el razonamiento, sean concordantes, verdaderos y suficientes. Todo juicio, para ser realmente verdadero, necesita de una razón suficiente, que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con pretensión de verdad. Es decir, que la motivación de la sentencia al ser derivada, respeta el principio en mención, siendo que el razonamiento debe estar constituido por inferencias razonables deducidas de las pruebas que desfilaron durante el juicio, por lo que existe una razón suficiente que justifica el razonamiento del juez sentenciador (Ref. 376-CAS-2008, pronunciada por la Sala de lo Penal, a las once horas con treinta y cinco minutos del día veinte de marzo de dos mil nueve.).

El juez sentenciador manifiesta en su sentencia al respecto: "También es cierto que no hay prueba que el señor [...] supiera esa firma o esa acta notarial estaba dando fe de algo que no fuera cierto, es decir, si podemos darle la calificación que queramos de negligente, imprudente y que se exprese él de esa manera respecto a la función pública tanto como notarial con el resto de oficinas, al decir que es parte de la necesidad del trabajo, es parte de la misma dinámica del trabajo de los notarios, si bien es cierto que podría censurarse esa visión que tiene, omitiré juicios al respecto, pero no hay prueba suficiente que el señor [...],

supiera que la firma de ese señor fue puesta no estando el en el país o estando fuera del país...".

Específicamente en esta parte el juez justifica la actuación del procesado, tomando en cuenta su declaración, cuando este manifestó desconocer si realmente los firmantes del documento estuvieron realmente a la hora de la elaboración del acta notarial que estaba otorgando, siendo por tanto, una información falsa, justificando además que dicho documento se elaborara sin su presencia, y ante la señora [...], quien le manifestó que si tuvo a presencia de ella a los comparecientes. Aunado a lo anterior, el procesado [...], declaró a preguntas del fiscal, en vista pública, que el documento lo firmó en esta Ciudad, pese a que el mismo tiene lugar de otorgamiento en la ciudad Sensuntepeque, departamento de Cabañas, es decir que para el Juez, el Notario no tenía conocimiento que estaba dando fe notarial de un documento sin la presencia del que autorizaba la salida del país de un menor, según el Juez el imputado no sabía que el documento estaba suscrito en la ciudad de Sensuntepeque, ya que este aseguró en su declaración en juicio, que lo otorgó en San Salvador, por lo que el Juez sustentó su decisión en un error de tipo vencible inexistente, olvidando que la parte subjetiva del tipo penal se ha probado con la misma declaración del imputado que dijo que otorgó un documento en un lugar distinto al consignado, ante una persona que no tuvo a su presencia, dando fe de algo que no es cierto."

NO SE PUEDE EXCLUIR DE RESPONSABILIDAD AL NOTARIO POR DELEGAR SU FUNCIÓN NOTARIAL A TERCERAS PERSONAS

"Lo anterior tomando en cuenta que la Ley de Notariado es clara en establecer, en su Art. 1.- establece literalmente: "El notariado es una función pública. En consecuencia, el notario es un delegado del estado que da fe de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen y de otras actuaciones en que personalmente intervenga, todo de conformidad con la ley. La fe pública concedida al Notario es plena respecto a los hechos que, en las actuaciones notariales, personalmente ejecuta o comprueba. En los actos, contratos y declaraciones que autorice, esta fe será también plena tocante al hecho de haber sido otorgados en la forma, lugar, día y hora que en el instrumento se expresa. La fuerza probatoria de todo instrumento notarial se regula de conformidad con las leyes respectivas. (El subrayado es de esta Cámara).

Del anterior articulado se puede concluir que la función notarial es personalísima e indelegable, propia del Notario que la autoriza, convirtiéndose este es un Funcionario del Estado al que se le delega la potestad de otorgar fe pública.

Por tanto, no pudo existir error de parte del procesado [...], para justificar su actuación, precisamente cuando esté actuando como Notario de la República, facultado por la ley para dar fe pública de los actos que se realizarán ante su presencia, alegará que el desconocía si el señor [...] estuvo presente a la hora de firmar el documento que él autorizó, siendo esta una de las obligaciones primordiales actuando en el ejercicio de su función notarial de identificar a las partes a través de sus documentos de identidad respectivas, para poder establecer que dicha persona realmente se encontraba presente, y hacer constar que ante sus oficios notariales le estaba manifestando el acto jurídico que otorgaba. Así mis-

mo es de considerarse que la función notarial también obliga al Notario autorizante, a explicar a las partes los efectos jurídicos del acta notarial; en tal sentido, no es posible aceptar lo manifestado por el imputado que desconocía dicha circunstancia, ya que está dando fe de actos que no le constan, tanto en persona, lugar, tiempo y efectos jurídicos, circunstancias que en las aulas universitarias se les enseña la importancia de la función notarial y de la delegación que se les otorga por el Estado; y el hecho que quiera justificar su acción en prácticas fuera de total aspecto legal y ético, no justifican su actuación; por lo tanto, no se puede excluir su responsabilidad de delegar su función notarial a terceras personas como lo ha querido justificar, ya que la ley no lo permite y es clara y tajante en establecer que es una función indelegable y por tanto personalísima. Tampoco puede alegar desconocimiento o ignorancia de ley, ni mucho menos justificar su acción en prácticas no reconocidas por la ley, como la validación de la firma en documento sin contenido o conocida como firma en blanco. Por tanto, la situación que permita establecer la falsedad del acta notarial otorgada por el Notario [...], procesado en la presente casusa, deberá determinarse en un eventual y futuro juicio, a través de los elementos probatorios con los que se cuenta en el dictamen de acusación y que han sido admitidos e incorporados al proceso."

PROCEDE ANULACIÓN DE SENTENCIA ABSOLUTORIA Y REMITIR LA CAUSA A LA OFICINA DISTRIBUIDORA DE PROCESOS, PARA QUE DESIGNE EL TRIBUNAL COMPETENTE

"Por tanto, para esta Cámara el fundamento del juez sentenciador, ha violentado las reglas de la sana crítica, específicamente el principio de Lógica y Razón Suficiente, y ante tal defecto de la sentencia, lo procedente es la anulación de la sentencia absolutoria y la repetición del juicio.

En consecuencia, corresponde declarar la anulación total de la sentencia definitiva venida en apelación, siendo necesario que sea repetida la vista pública por otro Tribunal tal como lo establece el inciso segundo del Art. 475 Pr. Pn., que dice: "...En caso de anulación total o parcial de la sentencia, ordenará la reposición del juicio por otro tribunal, salvo cuando la anulación se declare por falta de fundamentación, en cuyo caso corresponderá al mismo tribunal". Razón por la cual el fallo de este Tribunal de Alzada anulará totalmente la sentencia absolutoria pronunciada en acta de audiencia de vista pública, de las doce horas y veintiún minutos del día seis de noviembre de dos mil diecisiete y motivada en sentencia absolutoria de las quince horas del día seis de marzo de dos mil dieciocho, por el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador.

Sobre la designación del nuevo tribunal que realizará el juicio, resulta procedente no remitirlo ni al Tribunal Tercero de Sentencia ni al Tribunal Sexto de Sentencia ambos de San Salvador, de lo contrario implicaría que la nueva sentencia dictada sea conocida por ésta Cámara en caso de interponerse alzada, puesto que dichos tribunales de sentencia en mención remiten las apelaciones a sentencia apelada, un trámite de impedimento que retardaría el conocimiento de la causa, puesto que se formaría un incidente de excusa o recusación; por lo tanto, para evitar dichas situaciones y garantizar una pronta y cumplida justicia, es procedente de conformidad a lo establecido en el Art. 475 inciso segundo Pr. Pn., remitir la causa a la Oficina Distribuidora de Procesos de este Centro

Integrado de Justicia Penal, para que esta designe al Tribunal competente, aclarando nuevamente a excepción de los Tribunales Tercero y Sexto de Sentencia."
Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-82-2018, fecha de la resolución: 14/05/2018

FALSEDAD IDEOLÓGICA

CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES RESPECTO AL PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE

"Debido a que la competencia del tribunal que resuelve un recurso está delimitada por aquellos puntos de la decisión judicial que son tratados en los agravios debidamente expuestos por el recurrente, de conformidad con el Art. 459 Pr. Pn., es menester delimitar el thema decidendi.

En este caso, el punto medular de la crítica de la peticionaria como se mencionó consiste en errónea valoración de la prueba ingresada en la vista pública, art. 400 inc. 1° N° 5° Pr. Pn., infracción a las reglas de la sana crítica, específicamente el principio lógico de razón suficiente.

En este caso, puede notarse que el cuestionamiento de la impetrante se genera a partir de las inferencias judiciales expuestas en relación a los elementos de prueba, específicamente la testimonial de […] y los dictámenes de reconocimiento practicados en el Instituto de Medicina Legal al joven […], refiriendo que existen elementos para establecer el delito de Falsedad Ideológica Agravada.

En ese sentido corresponde analizar si ese razonamiento se realizó acorde a las reglas de la sana crítica.

1.- El juzgador, al analizar y valorar los elementos probatorios, tiene como única limitante el deber de exponer, con base en las reglas de la Sana Crítica, Lógica, Psicología y Experiencia Común, porque desestima unos elementos y valora otros. En ese sentido, es preciso el art. 179 Pr. Pn., al referir que:

"Los jueces deberán valorar, en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, las pruebas lícitas, pertinentes y útiles que hubiesen sido admitidas y producidas conforme a las previsiones de este Código" […].

En otras palabras, la sana crítica es el sistema de valoración de la prueba que impera en el proceso penal salvadoreño, de conformidad con los art. 175 Inc. 2° y 179 Pr. Pn., cuya característica principal es que el juez no está sometido a un valor prefijado de los medios de prueba, más bien es meridianamente libre de apreciarlas.

La sana crítica, es un sistema de valoración de prueba intermedio, que ni depende de una tasa legal, ni depende del subjetivismo, más bien busca la determinación de la verdad a partir el convencimiento razonado del Juez basado en la aplicación de las reglas del pensamiento humano.

Este sistema se debe utilizar durante todo el proceso penal, especialmente en la Vista Pública, según mandato del art. 394 Pr. P., cuyo texto es:

"El tribunal apreciará las pruebas producidas durante la vista pública de un modo integral y según las reglas de la sana crítica".

Las "reglas" a que alude el legislador presentan tres componentes: la Psicología, las máximas o reglas de la experiencia o Experiencia Común y la Lógica.

En relación a estas la representante fiscal […], como se ha mencionado ha sido concreto al indicar que no se ha respetado el principio lógico de razón suficiente, por lo que nos concentraremos en el mismo.

El principio lógico de razón suficiente exige que toda conclusión sea derivada, esto es, que existan suficientes premisas que le den consistencia.

La Lógica estudia los procesos del pensamiento para descubrir los elementos racionales que los constituyen y las funciones que los enlazan, se puede delimitar que la misma está compuesta por dos leyes fundamentales, que son: a) La ley de coherencia de los pensamientos; y b) la ley de derivación de los pensamientos.

De la primera se desprenden los principios lógicos de identidad, no contradicción y tercero excluido, mientras que de la segunda se desprende el principio lógico de razón suficiente, que es el que interesa en el presente caso.

El principio lógico de razón suficiente exige que toda conclusión sea derivada, esto es, que existan suficientes indicios que le den consistencia y validez al pronunciamiento judicial.

Este se condensa en el aforismo "nihil est sine ratione cur potius sit, quam non sit" [nada existe sin una razón de ser] y afirma que toda conclusión judicial debe sostenerse con motivación en los elementos de prueba con la bastedad suficiente para sostener ese colofón y no otro. Se observa ese principio cuando se analiza de forma dialéctica los elementos de prueba generados en Juicio, exponiendo el convencimiento que cada probanza fija y se argumenta porqué se puede arribar, de forma categórica, basta y exclusiva a una sola hipótesis.

Sobre el particular, la Sala de lo Penal asevera que:

"Los principios lógicos que gobiernan la elaboración de los juicios y dan base cierta para determinar necesariamente su verdad o falsedad, se constituyen por leyes fundamentales tales como el principio de la derivación de los pensamientos, perteneciente a las reglas de la lógica, que sostiene que todo razonamiento tiene que ser derivado, implicando que existe una razón suficiente para cada elemento de prueba que sea acreditado, para sostener que lo acontecido fue así y no de otra manera, en virtud del elenco probatorio que desfiló en el juicio" [Fallo 486-CAS-2010, Sentencia de las 11:40 horas del 16 de septiembre de 2013].

Siguiendo a Dall´Anesse: "Los hechos probados deben tener sustento probatorio siempre. La afirmación de culpabilidad o inocencia, debe estar respaldada en elementos de prueba, por imperativo constitucional". [Dall´Anesse Ruiz, Francisco. "Temas de Casación Penal". Editec Editores. Costa Rica. 1° Ed. Año 1991. Pág. 35].

De conformidad con este principio, "… el razonamiento debe estar constituido por inferencias razonables deducidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones que en virtud de ellas se vayan determinado, a la vez que de los principios de la psicología y la experiencia común." [DE LA RÚA, FERNANDO: "LA CASACIÓN PENAL", 2 edición, Depalma, 1994, Buenos Aires, pág. 159].

En materia judicial, en atención a ese principio, "… el razonamiento debe estar constituido por inferencias razonables deducidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones que en virtud de ellas se vayan determinado, a la vez que de los principios de la psicología y la experiencia común." [De la Rúa, Fernando: "LA CASACIÓN PENAL". 2 edición. Depalma. 1994. Buenos Aires. Pág. 159].

En virtud de lo anterior se concluye que de acuerdo al principio de razón suficiente, todo juicio, conclusión o razonamiento debe estar cimentado en un motivo que lo justifique, en otras palabras exige que toda conclusión sea derivada, esto es, que existan suficientes premisas que le den consistencia. Atendiendo a este principio, el razonamiento judicial debe estar constituido por inferencias razonables deducidas de las pruebas."

VALORACIONES NORMATIVAS Y DOCTRINARIAS RESPECTO DEL TIPO PENAL

"2.- Establecido lo anterior, corresponde analizar el delito atribuido a […], el cual es Falsedad Ideológica Agravada, [artículos 284 y 285 del Código Penal], en perjuicio de la Fe Pública.

a.- El tipo base se encuentra contenido en el art. 284 Pn., en el que se lee:

"El que con motivo del otorgamiento o formalización de documento público o auténtico, insertare o hiciere insertar declaración falsa concerniente a un hecho que el documento debiere probar, será sancionado con prisión de tres a seis años.

Si la conducta descrita en el inciso anterior se realizare en documento privado, se impondrá la misma pena si el agente actuare con ánimo de causar perjuicio a un tercero".

La Falsedad Ideológica implica la falta de veracidad de la declaración documental, es decir la correspondencia entre la declaración incorporada al objeto material y la realidad histórica a que hace referencia esa declaración.

En este delito, la expresión falsaria tiene un impacto probatorio en el tráfico jurídico, por lo que se vincula a personas que tienen la potestad en virtud de disposición del Estado, dar fe de actos, personas que hacen caer en error a quienes tienen la potestad de dar fe, o personas que tiene la obligación de exteriorizar la verdad por el negocio jurídico que se realiza.

Puede cometerla, por ejemplo, el notario que refleja, en un acta o escritura declaración distinta de la efectuada por las partes, o inserta fechas distintas a las reales al redactar el documento público.

De acuerdo a lo anterior en la Falsedad Ideológica subyace un problema de deberes que corresponden a determinadas personas, es en tal sentido que expresa […] que:

"es un delito especial de los obligados a decir verdad en sus declaraciones documentadas" [Delito de Falsedad Documental, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2002, Pág. 69].

Concordantes con lo anterior […] la entiende como:

"…una alteración consiente del hecho jurídico que se quiere probar plasmada en un documento formalmente correcto" [COMENTARIOS A LA PARTE ESPECIAL; DEL DERECHO PENAL, Aranzadi, tercera edición, 2002 p. 1557].

Por lo expuesto debe entenderse que la Falsedad Ideológica refiere a un documento genuino, pero defectuoso al faltar correspondencia entre la declaración – mendaz - incorporada al objeto material y la realidad histórica a la que hace referencia lo narrado, pues, no corresponde con la realidad ocurrida.

Con ello se quebranta por parte de quien la inserta o hace insertar declaración falsa concerniente a un hecho que el documento debiere probar, sólo el deber de veracidad.

Es necesario que la declaración falsa se refiera a algún dato que el documento haya de probar, así lo indica el Art. 284 cuando dice "….declaración falsa concerniente a un hecho que el documento debiere probar".

Lógicamente la acción reprochada debe efectuarse de manera consiente y voluntaria es decir se requiere dolo, pues el disvalor de acto radica en la voluntad de realizar el resultado típico - inserción de elemento falsario -.

El dolo como elemento subjetivo definidor del tipo penal, de acuerdo a Zaffaroni, es:

"….la voluntad realizadora del tipo guiada por el conocimiento de los elementos objetivos del tipo sistemático". [ZAFFARONI. EUGENIO RAUL: "ESTRUCTURA BÁSICA DEL DERECHO PENAL", 1era ed, EDIAR, Buenos Aires, 2009, pág. 108].

De ahí que para su configuración se exige la materialización de dos elementos:

1) Cognoscitivo, referido al conocimiento de los elementos objetivos del tipo; y

2) El volitivo, referido a la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo.

La modalidad subjetiva alterna en el cometimiento de un delito es la culpa, misma que a diferencia del dolo que radica en la voluntad de realizar el resultado típico; en los delitos culposos, esto no se da pues tiene como elemento de la acción la inobservancia del deber objetivo de cuidado.

3.- De conformidad con lo mencionado, se determina que se vuelve imperativo para lograr establecer la existencia del delito que se delimite si se observa la concurrencia de dolo en el presente caso.-

a.- Para ello es necesario establecer cuál es el origen de la imputación, advirtiéndose lo siguiente:

El documento que en el presente proceso es atribuido de falsario por parte de la representación fiscal es un acta notarial elaborada por […];

En ella se indica que existió un acuerdo conciliatorio extrajudicial entre […] y su padre, […]; que recibió a su entera satisfacción la cantidad de dinero acordada, que habiendo cumplido con todos los términos financieros lo declara libre y solvente de toda responsabilidad financiara y económica con respecto a las cuotas de pensión alimenticias atrasadas y futuras.

[…] supuestamente da por terminado el proceso de familia tramitado en el juzgado de dicha materia de la municipalidad de Soyapango y en la Procuraduría General de la República, auxiliar de la mencionada ciudad;

En la misma aparece la firma que se lee […] y aparentemente la del notario.

Este documento, al que se le refuta de falsario efectivamente puede considerarse de naturaleza pública, según se desprende del art. 331 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual se lee:

"Instrumentos públicos son los expedidos por notario que da fe, y por autoridad o funcionario público en el ejercicio de su función".

El mismo cuerpo legal además regula el valor que debe darse a los instrumentos, en el Art. 341 que se lee:

"Los instrumentos públicos constituirán prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de las cosas que documenten; de la fecha y personas que intervienen en el mismo, así como del fedatario o funcionario que lo expide.".

De conformidad con lo anterior, se determina que los hechos tienen trasfondo u origen en dos actos jurídicos:

- El primero que obligaba al señor […], a cancelar cuotas alimenticias para sus tres hijos; y

- El segundo la elaboración de un documento en el cual su hijo […], declaraba el referido acuerdo conciliatorio extrajudicial con su padre, y lo eximía de responsabilidad económica con respecto a las cuotas de pensión alimenticias.

b.- La problemática en relación a este documento acusado de falsario, surge porque la representación fiscal sostiene que […] padece de un déficit mental, definido como una discapacidad intelectual moderada, cuestionándose su facultad para otorgar el referido documento, acusando al notario […], de haberlo realizado con conocimiento de ello y por tanto de manera irregular y contraria a las leyes.

La peticionaria sostiene que como parte del régimen legal que afirma se ha transgredido menciona el art. 34 de la Ley de Notariado y el 1012 del Código Civil, afirmando que no se cumplió con las solemnidades del instrumento notarial, y por no saber leer debía de haberse procedido de esta manera, sin emitir un adecuado desarrollo argumentativo al respecto.

Sin embargo, en el art. 34 de la Ley de Notariado, se regula la falta de necesidad de la concurrencia de testigos para el otorgamiento de instrumentos públicos o de cualquier otro acto notarial; determinando como excepción cuando se tratare de testamentos y de donaciones de cualquier clase; cuando el notario lo creyere conveniente, y, en todo caso, cuando alguno de los otorgantes lo pida expresamente o cuando sea ciego, mudo, o no supiere expresarse en el idioma castellano.

Por su parte el art. 1012 del Código Civil, regula la concurrencia de testigos [tres (art. 1009 C. Cv.)] a la lectura del testamento abierto [el cual podrá haberse escrito previamente] y que el que fuere enteramente sordo deberá leer por sí mismo su testamento, y si no sabe o no puede, designará una persona que lo haga en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del Notario.

La peticionaria no relaciona la concurrencia de alguna de estas causas y las razones de su postura, o por que menciona normativa relacionada a cuestiones testamentarias -en el caso del art. 1012 del **[…]**.-, verbigracia, "porque el notario debió considerar necesario hacer comparecer testigos".

Su expresión se limita a sostener que el otorgante no sabe leer, pero sin exponer la trascendencia de ello o su afectación al acto en concreto, de qué manera esto se traduce en la introducción de un dato falsario en el instrumento elaborado, y de qué forma ello configura los elementos cognitivo y volitivo del dolo, requerido para la configuración del delito de Falsedad Ideológica.

Como puede advertirse la mención de estas disposiciones resultan ininteligibles, pues no se desarrolla argumentativamente como se relacional al caso, específicamente a la existencia del dolo."

PROCEDE CONFIRMAR ABSOLUCIÓN, ANTE INEXISTENCIA DE UN DATO OBJETIVO QUE PERMITA ACREDITAR ELEMENTOS COGNITIVOS Y VOLITIVOS DEL DOLO

"c.- En orden a todo lo anterior, es necesario dilucidar si efectivamente existe evidencia que el notario […], tenía conocimiento de esa situación o no.

i.- Sobre ello, del dicho de la testigo […], en juicio se obtienen que ésta ha afirmado que:

E no tenía ninguna comunicación con el abogado, ya que era un desconocido para él;

Que ella no le dijo que tenía un retraso mental, porque supuso que él ya lo sabía;

Sobre este aspecto cuestionó la representación fiscal y ella respondió que supuso que ya sabía del retraso mental, porque tuvo que haber investigado el caso de su papá en la Procuraduría;

Que su hermano sabe firmar porque su mami le ha enseñado hacer dos letras la E y la U;

E y ella firmaron, un documento de que su padre quedaba solvente de toda la deuda alimenticia que tenía con ellos, él estaba en prisión en México, le dijo a su hermano que "firmaba" [Sic] como estaba en el DUI y como le había enseñado su mamá, le preguntó que si podía hacer eso, le dijo que sí porque ya había sacado DUI;

Expresó que su madre "ya había recibido una cantidad de dinero, no nos obligó a firmar" [Sic], pero suscribieron el documento por eso, el día que lo hicieron fue en la casa estaban su esposo, E y ella;

De estas aserciones claramente se nota que la testigo nunca expresó al notario la situación mental del joven E, y que es ella quien se representa de manera intelectiva una apreciación personal sobre el probable conocimiento que el notario debía tener.

Este aspecto evidentemente no se puede estimar como un dato objetivo que establezca el conocimiento del abogado sobre el padecimiento del referido joven, por el contrario lo que sí, se determina es una expresión clara en la que se afirma que ella nunca manifestó tal situación al profesional del derecho.

La mencionada testigo, también ha definido que el joven no tuvo contacto con el señor […], y que fue ella quien le dijo a éste que firmara el documento.

Lo anterior define que, existe una expresión en la que se indica que el procesado no tenía interacción directa con el joven E, y que quien le solicitó a éste que estampara su firma en el documento acusado de falsario fue su hermana […], y no el notario.

- Por su parte la señora […], no menciona nada en relación a dicho conocimiento.

En ese sentido se determina que estos elementos de prueba no permiten establecer que el notario […], tenía conocimiento de que el joven […], padeciera de un déficit mental definido como una discapacidad intelectual moderada.

ii.- La acusación pública, pretende establecer que por las conclusiones dadas en el Dictamen Social Forense, Peritaje Psiquiátrico y Reconocimiento Médico Forense, el acusado tenía conocimiento del problema del joven E.

Sobre ello debe decirse que se trata de meras aprehensiones subjetivas de la representante fiscal, dado que:

En el Dictamen Social Forense **[…]**, realizado por la Licenciada […]; concluyó que:

El joven […] fue diagnosticado desde los ocho años aproximadamente con Retardo mental moderado y miopía avanzada desde los ocho años.

A los 17 años de edad, fue diagnosticado con discapacidad de las funciones intelectuales diagnóstico: (Retardo Mental Moderado) capacitándose en el área vocacional de manualidades. […].

Que son necesarias pruebas psicológicas actuales, con el fin de tratamiento adecuado para su mejor desarrollo.

En el Peritaje Psiquiátrico […], realizado por el médico psiquiatra […], el galeno es de la opinión que:

El evaluado padece una discapacidad intelectual moderada.

Lo anterior le hace ser susceptible a ser engañado o coaccionado más fácilmente.

Le es difícil comprender los hechos por sus limitantes.

Esta persona no es capaz de ser independiente en la sociedad.

En el Reconocimiento Médico Forense […], las Doctoras […], afirmaron que al momento paciente esta clínicamente estable, no adolece de ninguna patología física, sin embargo, es evidente que el evaluado presenta un déficit mental.

En atención a lo anterior, se identifica que:

Si bien se hace referencia a que E fue diagnosticado desde los ocho años aproximadamente con retardo mental moderado, no se determinan si la misma es palpable a simple vista por cualquier observador o persona que interactúe con él.

En ellos no se definen el nivel de afectación de la psique, o la apariencia y/o aspectos exteriorizados sobre ello, si el joven E tiene o no evidencia física palpable que permita deducir fácilmente que éste no tiene la capacidad mental como para suscribir un acto de voluntad de la naturaleza del acta notarial objeto de este proceso.

Si bien las Doctoras […], al momento de evaluar a E determinaron que es evidente que presenta un déficit mental, no determinaron a que se referían con la definición “es evidente”, si para cualquier persona o para alguien con instrucción técnica, de qué manera se reflejaba la misma y cuál sería su incidencia en las decisiones o interacciones sociales.

En todo caso aun cuando los especialistas hubiesen determinado que ellas advirtieron la afectación mental que presentaba el joven E, esto no significa per sé que quede acreditado que el notario […], tenía o debía tener conocimiento de esa situación, pues deben concurrir elementos objetivos concretos que establezcan ese conocimiento.

En este caso, contrario a esto último, se tiene que:

No se ha delimitado el conocimiento del profesional del derecho sobre ese conocimiento de la afectación, y los insumos de los análisis técnicos no contribuyen a establecer tal circunstancia, no se delimita tampoco por qué razones el notario tenía que haber advertido tal situación, llagando al punto que ni mínimamente se ha establecido una interacción más allá de la suscripción del acta acusada de falsaria por la fiscalía.

La testigo […], refiere que su hermano no tuvo comunicación con el notario, y que ella le dijo que “firmaba” […] como estaba en el DUI, de lo que se infiere que fue quien disuadió al joven E para que lo hiciera.

No obstante la mencionada testigo afirma que el notario “mucho hostigaba” - aspecto mediante el cual la fiscal pretende establecer dolo -, ésta define que

firmaron porque su mamá ya había recibido una cantidad de dinero, lo que determina que previamente se les había hecho un aporte económico, y que como consecuencia de ello accedieron.

Esto se ve reflejado además cuando en su deposición menciona que "no nos obligó a firmar", infiriéndose entonces que la testigo […], describe que el profesional del derecho les buscó, pero que no les obligó a estampar la firma, que al final lo hicieron en atención al desembolso monetario recibido previamente por su madre.

De conformidad con lo anterior, se tiene que no se puede establecer fehacientemente el conocimiento del notario sobre la afectación mental del joven E, ya que más allá de las aprehensiones personales de la acusadora pública, no existe un dato objetivo que permita acreditar dicho extremo.

En consonancia con ello se determina que no se pueden establecer los elementos cognitivos y volitivos del dolo - referido al conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal; y la voluntad de realización de los mismos - para introducir un elemento o información falsa en el otorgamiento o formalización del documento público.

En atención a todo lo anterior no se consideran atendibles las razones de la impetrante, como para revocar la sentencia absolutoria."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 51-2018, fecha de la resolución: 09/05/2018

FEMINICIDIO

DISTINCIÓN ENTRE ÍNTIMO Y NO ÍNTIMO

"**1.-** La conclusión judicial acerca de la existencia de una "relación de índole marital o amorosa" entre el señor IN y la víctima es un insumo común que ha sido proporcionado por todos los medios de prueba, incluso por el dicho del propio imputado.

De tal forma, a partir de la página 18 de la sentencia consta la declaración del imputado, quien afirmó:

*"[…] yo soy una persona casada no le oculté en ningún momento mi posición o condición a la víctima, de esa relación extramatrimonial que se dio posteriormente nació **********, en la cual para mí fue de sorpresa porque en la relación que tuvimos anteriormente siempre en los momentos de romance que se dieron ella me dijo que no podía tener hijos y continuamos la relación casi por un año quedando ella embarazada […] ya que ella no era aceptada por la condición de convivencia extramarital […] todo el tiempo hubo una relación estrecha en la cual ayudaba de varias formas a ********** […] con la persona he tenido una relación sentimental me refiero a **********, la relación duró un período de 7 a 8 años […]* "(sic)

Por su parte la madre de la víctima, la señora **********, a partir de la página 8 de la sentencia, afirmó:

"[…] mi hija tenía una relación con el señor IN, tenían unos 13 años, mi hija vivía conmigo, él vivía con su esposa, ellos estaban juntos pero no en el mismo lugar, mi hija vivía conmigo, a la par de mi cuarto […] IN llegaba de vez

en cuando a la casa donde vivía con mi hija, a veces a los quince a los ocho días […]" (sic)

En la página 10 de la sentencia, la testigo **********, sobrina de la víctima manifestó: *"[…] estoy presente para dar parte que sostenían una relación ellos, mi tía ********** y el señor I, de aproximadamente unos 23 ó 17 años, el nombre completo es IN […]"* (sic)

En la página 11 de la sentencia, la testigo **********, hermana de la víctima manifestó: *"[…] mi hermana tenía una relación con el señor I, una relación amorosa de unos 14 años, él la visitaba una vez por semana o la veía, porque mi mamá le había prohibido las visitas […]*" (sic)

De la misma forma, en la página 12 de la sentencia, la testigo **********, compañera de trabajo de la víctima manifestó: *"[…] el hijo de la señora ********** se llama **********, tiene 13 años, el padre de ese joven es don I, la Señora ********** vivía con su hijo y con su mamá, tenía entendido que su mamá le había dado un cuarto para que viviera con el niño […] se veían una o dos veces por semana, no vivían juntos porque él tenía su familia, su esposa y sus hijos […]*" (sic)

Tal como se aprecia, no resulta contrario a las reglas de la sana crítica el ejercicio de derivación en el que el juzgador concluyese en la página 38 de la sentencia *"[…] La víctima mantuvo relaciones maritales con el señor IN por un lapso de catorce años […]*" (sic)

Sobre ello, estas magistradas estiman que en el estudio de delito de feminicido debe tomarse en consideración, que es sumamente diverso el ámbito y alcance de la violencia que los hombres ejercen sobre las mujeres, lo cual permite distinguir entre *feminicido íntimo*, que es el asesinato cometido por un hombre con quien la víctima tenía o había tenido una relación o vínculo íntimo: marido, exmarido, novio, exnovio o amante, incluyéndose también el supuesto del amigo que exterioriza su intención de tener una relación íntima, la cual es rechazada por la víctima; y el *feminicidio no íntimo*, que es aquel cometido por hombre desconocido con quien la víctima no tenía ningún tipo de relación o vínculo afectivo.

En el caso presente, probatoriamente se ha acreditado que el imputado y la víctima sostuvieron una relación amorosa, habiendo procreado un hijo en común, relación íntima-afectiva para la cual no fue necesario que estos convivieran en el mismo techo, razón por la que la crítica de la recurrente resulta estéril, siendo además, que conforme al tenor literal del art. 45 de la LEIV, no forma parte de la descripción de la conducta típica que medie entre el agresor y la víctima una relación amorosa, marital o íntima, ya que este es claro en indicar: *"[…] Quien causare la muerte de una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer, será sancionado […]*" (sic)

En consecuencia, la argumentación de la recurrente en este apartado deberá ser desestimada."

ESTABLECIMIENTO DE VIOLENCIA POR PARTE DEL IMPUTADO

"**2.-** Seguidamente, en relación al medio probatorio consistente en: "*póliza ********** de seguro de vida a nombre del asegurado imputado I Auxiliar Administrativo II, Unidad de Salud de Cuscatancingo, por un monto de 24,000.00 VEINTICUATRO MIL 00/00 DOLARES ESTADOUNIDENSES, siendo los bene-*

*ficiarios ********** sin ningún parentesco con el 40% de participación; MGN, Esposa con 40% de participación e **********, hijo con el 20% de participación, y el carnet de Seguro de Vida Colectivo* de SISA estando la víctima ********** como beneficiaria"(Sic)

De acuerdo a la defensora, el juzgador no ha tomado en cuenta dicho medio de prueba, como elemento que a su criterio evidencia que el delito no fue cometido por razones de género, siendo que el imputado fue económicamente responsable de la víctima y que la incluyó como beneficiara en su seguro de vida, circunstancia que a su parecer opera en sentido favorable a su defendido.

Sobre dicha cuestión, el juez de la causa expresó en el párrafo segundo de la página 26 de la sentencia: *"[…] Respecto al seguro de vida mencionado por el imputado, la defensa presentó certificado individual de seguro de vida, por la cantidad de VEINTICUATRO MIL DÓLARES, en el que consta que, de tres beneficiarios, la señora ********** tenía derecho al CUARENTA POR CIENTO, acto aislado que no borra el historial de violencia […]*" (sic)

No obstante ser breve la opinión del juzgador sobre dicha documentación, se ha verificado en primer lugar, que si fue valorada; y en segundo lugar, para comprender por qué el juzgador estimó como "un acto aislado" la inclusión de la víctima como beneficiaria de un seguro de vida contratado por el imputado.

Por lo que es necesario dar lectura completa y comprensiva de la sentencia, de la que se desprende que si bien el procesado en determinadas ocasiones colaboraba económicamente con la víctima, ello no da pie para interpretar que tales acciones descartan o desestiman la violencia física y psicológica a la cual la víctima estuvo sometida por parte suyo.

Tampoco puede compensarse, disculparse o eximirse cualquier tipo de violencia, por el simple hecho de que el hombre proporcione algún tipo de bienestar patrimonial o económico a la mujer.

Esto nos lleva a analizar de manera conjunta, cuáles son los medios de prueba de los que se desprende según el juez de la causa que la víctima padeció violencia por parte del procesado previo a su muerte:

En la página 8 de la sentencia, la testigo **********, en cuanto a la violencia que padeció su hija, hizo referencia: *"[…] él la maltrataba, creo que la golpeaba, escuchaba como a la par de mi cuarto estaba el de ellos, escuchaba y yo salía a ver a veces mi hija salía como que si nada, ella había aprendido a no llorar, ella no comentaba sus problemas que tenía con I; un día antes del hecho ella me llama como a las cinco de la tarde y me dijo que no iba a llegar a la casa, porque se iba a quedar con I; me quede tranquila, le dije a ********** a dormir ya porque su mami no va a venir, ya no estábamos esperando a que ella llegara, ella llegó como a las nueve y medio, llegó así toda desmelechada, sólo se había pasado la mano en el pelo, me dijo que había tenido problemas con I, me dijo que la había dejado en la parte donde se iban a quedar, porque habían tenido problemas con el teléfono, entonces ella se salió y él quizás la estaba vigiando y se salió, me dijo que la había golpeado, no le comentó donde la había golpeado, ella dijo que había querido salir huyendo pero el quizás la tomaba de las manos pero no sé, forcejeaban, no sé no podría explicar, que unos gays que habían por la zona donde ella iba pasando, le decían a I que la dejara porque le estaba pegando; pasó un taxi pirata y la subió y la llevó para Cusca; él le decía que era una dunda*

no estudiada, palabras así discriminantes, malas palabras, cabrona, sos una pu, y así, […], don I trataba a su hijo de dundo, tonto, pendejo […]" (sic)

En la página 10 de la sentencia, la testigo **********, sobrina de la víctima, dijo: *"[…] yo veía que la relación no era tan amena, era complicada, él como que la dominaba, ella siempre hacía lo que él decía, mi tía no hablaba mucho con nosotros de su relación con el señor IN, a veces la veía llorando y le preguntaba de que por qué, problemas con el señor, la hacía sentir mal, por superioridad de parte de él […]"* (sic)

En la página 11 de la sentencia, que la hermana de la víctima, testigo **********, manifestó: *"[…] una vez como nuestros cuartos están a la par escuché como golpes, pero no oí más, ella salió cantando, no comentó nada […]"* (sic)

Consta en la página 11 y 12 de la sentencia, que la compañera de trabajo de la víctima, testigo **********, manifestó: *"[…] la última vez que la vi fue el 2 de diciembre en la mañana como a las 5 y 30, en la parada del INDES, ahí donde están los microbuses piratas, allí está el Sitramsss y enfrente una gasolinera, yo iba a cruzarme la calle para tomar el microbús de la 109, cuando me iba a cruzarla calle a lo mejor ella me vio y ella me gritó ¡¡M!! Yo me acerca (sic) a ella y me dijo mira este viejo pendejo me acaba de golpear, ella tenía un golpe, tenía rojo el rostro, ella estaba llorando y estaba bien alterada, ella me abrazo bien fuerte y me dice mira me acaba de pegar, le dije tranquila y me acerqué al señor I, él estaba allí con dos policías, el nombre completo es IN, yo le pregunté que había pasado, y me dijo que para él era un vergüenza que los policías lo tuvieran allí, yo le dije a los señores agentes y ex compañera que se tenía que ir a mi lugar de trabajo, porque las dos no podíamos llegar tarde, los agentes ella me dice vaya está bien, pero los señores agentes me dicen que yo me la podía llevar a ella, abordamos el microbús de las 109 al lugar de trabajo, don I se quedó con los señores agentes, a mi ********** me comentaba que un día anterior, el 1 de diciembre que él se la había llevado a un motel, salió del lugar de trabajo, yo estaba allí cuando él llego, me dijo mira allí viene ese viejo, me entrego un dinero, a nosotros nos habían pagado; me dijo que me llevara el dinero nada más, supuestamente fue en la noche, él se la llevó, del lugar de trabajo ella salió con él, yo estaba allí cuando el llegó, cuando ella lo vio llegar me dijo mira ahí viene ese viejo, me entregó un dinero, solo me dijo llévate ese dinero nada más, ella se quedó allí, le dije que si quería la iba a dejar al centro, pero se iba a ir con él, eran como a las cinco de la tarde; cuando venía en la mañana sobre el hecho me refirió que se habían ido a un motel, que ella no quería tener relaciones con él porque andaba con su período, que a él eso no le había importado, que ella se metió del baño y así la sacó arrebatándole su teléfono y haciéndolo pedazos, se salieron del lugar donde él tomó un taxi él se fue dejándola a ella en la carretera, llegamos al trabajo mi compañera le pidió permiso a mi jefa para ir a poner una demanda con don I; don I estaba afuera en su trabajando (sic) gritándole a ella, **********!!!, **********!!!, él llegó más rápido había llegado en un taxi, cuando el gritaba ella salió y yo le dije no te vayas te vas más tarde, el señor esta acá, me dijo que iba a terminar de una vez por todo esta situación que iba a ir a poner una demanda, ella se fue y él iba detrás de ella, cerca, como a medio metro iba de ella […]"* (sic)

Finalmente, se cuenta con el resultado de autopsia psicológica de fecha doce de julio de dos mil diecisiete, practicada en el entorno de la víctima **********, por el médico psiquiatra forense del Instituto de Medicina Legal, Dr. Walter Gutiérrez Blanco, quien expresa en su dictamen a fs. 196 al 199:

"[…] De acuerdo con los datos recabados, opino que la persona occisa periciada presentaba características de personalidad ansiosa sumisa para con el hechor. Así, existieron situaciones previas que detonaran la presencia de hechos de violencia no encausados judicialmente.

Se debe aclarar que este procedimiento se cumple haciendo una reconstrucción retrospectiva de los sucesos y conducta de la occisa objeto de la pericia, que dentro de los hallazgos no se encuentran signos de suicidio, que debido a la personalidad reservada de la occisa, se puede encontrar datos de existencia de otra persona como pareja y discusiones por esto.

El día antes de la muerte la occisa regresó inesperadamente e inusualmente a casa cuando no era esperado y se le notaron "moretones".

Presentada un trastorno adaptativo donde se presentan una serie de síntomas depresivos y ansiosos relacionados a una situación estresante, que este caso era identificada con su relación con la pareja conocidas, Los síntomas descritos en sus últimos meses denotaban la presencia de un vínculo traumático afectivo que le hacía callar o negar la parte violenta del comportamiento de su pareja agresora, a la vez que mantiene un vínculo afectivo dependiente, situación que le impide defenderse (síndrome de Estocolmo). Al intentar terminar o cortar este tipo de vínculos por parte de la víctima es que se trata de volver al tipo de relación y control previo utilizando la coacción o la fuerza.

CONCLUSIONES:

De acuerdo a la evaluación pericial realizada en la persona occisa **********, y con la información recolectada soy de la opinión que:

1. Hay datos que la occisa estuvo bajo violencia física por parte de IN.
2. La conducta de la occisa se dirigió a concluir la relación de pareja un día antes de su muerte.
3. La persona evaluada presentaba conductas similares a la que en la literatura se conoce como el síndrome de Estocolmo."(Sic)

Dado el tipo de relación afectiva que existía entre el acusado y la víctima, es comprensible que ellos interactuasen en un ámbito de clandestinidad y reserva acerca de lo que sucedía en su intimidad; aunado a la dominación que este ejercía sobre ella.

A pesar de lo anterior, la información arrojada por los medios de prueba arriba relacionados, ha sido capaz de evidenciar que en la relación de pareja (IN y **********), existió un nivel de violencia que la víctima optó por ocultar a sus familiares, hasta que la misma llegó a rebasar ciertos niveles, motivo por los cuales decide comentárselo a su madre y a su compañera de trabajo.

Paralelo a ello, en su recurso, la defensora alega que nadie ha manifestado haber visto que su representado agrediera físicamente a la víctima, afirmación en la que yerra la apelante, ya que no resulta lógico esperar que el imputado agrediera físicamente a la víctima frente a su familia y amistades; sin embargo, se cuenta con el dicho de su compañera de trabajo, **********, que es el que

resulta más próximo a los eventos de violencia acaecidos previo a la muerte de **********.

La testigo ha sido clara y conteste el indicar que la última vez que vio a su compañera de trabajo (**********), fue por la mañana el día de los hechos (dos de diciembre de dos mil dieciséis), y que en la parada de microbuses ********** le gritó y que al acercarse estaba llorando y le dijo que I le había pegado, que la abrazó fuerte y que tenía rojo el rostro.

Relató también que de camino al trabajo le comentó la víctima que un día antes I se la había llevado a un motel, que ella no quería tener relaciones sexuales con él porque andaba con su período, y que eso a él no le había importado, que ella se metió al baño y que el procesado le arrebató el teléfono celular, haciéndolo pedazos, que salieron, y él tomó un taxi y a ella la dejó en la carretera.

En cuanto a los insumos directos, se retroalimenta que ella da cuenta, que luego del incidente con los agentes policiales, llegaron al trabajo y que ********** pidió permiso para ir a interponer una denuncia, y que el procesado había llegado más rápido y que afuera de su trabajo gritando "¡**********!", y que ella salió y le dijo que iba a terminar con todo eso de una sola vez, que ella se fue y él salió tras ella.

Dicha información guarda correspondencia con lo declarado con la madre de la víctima, **********, quien dijo que su hija había llegado como a las nueve y media de la noche, toda "desmelechada", y que le había comentado que había tenido problemas con I por el teléfono y que le dijo que la había golpeado.

Por tanto, contrario a lo que refiere la apelante, no es cierto que probatoriamente no se ha acreditado que la víctima sufrió violencia por parte del imputado previo a su muerte.

Esta consideración fue realizada por el juez de la causa, expresando en la página 28, a partir del párrafo 4.4: "[…] *La víctima tuvo la confianza de contarle a su compañera de trabajo lo ocurrido un día antes de su muerte, que ella no quería tener relaciones con él porque andaba con su período (período menstrual), que a él eso no le había importado, que ella se metió al baño y así la sacó, arrebatándole su teléfono y haciéndoselo pedazos, se salieron del lugar donde él tomó un taxi, él se fue, dejándola a ella en la carretera; este relato se tiene por verídico si lo relacionamos con el testimonio de la madre de la víctima, que también se ha referido al día que llegó su hija en horas avanzadas de la noche toda "desmelechada" (despeinada) diciéndole que había tenido problemas con I por el teléfono.*

A ese evento debe agregarse, que el mismo día en que fue ejecutada la muerte de la víctima, ésta sufrió golpes en su rostro, que por las circunstancias su compañera de trabajo observó las señales que la víctima presentaba en el rostro, que esta lloraba y le indica que "ese viejo pendejo le acababa de golpear"; la misma compañera de trabajo le comentó que en fechas anteriores, hacía un mes que también había sufrido violencia. […]" (Sic)"

CORRECTA ACREDITACIÓN DE LA MISOGINIA COMO ELEMENTO SUBJETIVO, AL ADVERTIRSE QUE LA MUERTE DE LA VÍCTIMA ESTUVO PRECEDIDA DE INCIDENTES DE VIOLENCIA

"**3.-** En cuanto al ánimo subjetivo, la defensora refiere que el homicidio no ha sido en razón del género de la víctima al dicho del imputado, con lo cual

probatoriamente no se ha acreditado el abuso de poder del hombre sobre la mujer.

Con la finalidad de evacuar tal aspecto, resulta importante valorar de manera integral la información incorporada al proceso, la cual deberá ser contrastado el término violencia de género o violencia contra las mujeres, el cual ha sido definido en la Declaración de la ONU Sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, aprobada el 20 de diciembre de 1993 por la Asamblea General de la Naciones Unidas:

"*Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública o privada*."(Sic)

Término que debe ser relacionado con la definición de la misoginia (art. 8 LEIV), la cual se caracteriza por el maltrato a la mujer, el cual se evidencia mediante actitudes de odio, emisión de críticas destructivas, y cualquier forma de desprecio para con el rol de la mujer en la sociedad

La violencia de género suele expresarse y se refuerza con la realización de prácticas cotidianas dentro de las estructuras sociales, sustentadas a través de creencias que determinan y exigen formas de conducta para las mujeres y hombres, y que son adquiridas a través del proceso de socialización dentro y fuera de la familia que legitiman dicha violencia cuando una mujer no adopta el rol que se cree debe cumplir en la sociedad, o habiéndolo adoptado no lo desempeña bajo los ideales de complacencia y satisfacción al hombre.

La violencia que ha sido predeterminada en razón del género, es retomada en la Declaración arriba citada, cuando reconoce:

"*[…] La violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre […]*"(Sic)

Conforme a la motivación de la sentencia, se ha tomado en consideración lo declarado por la madre de la víctima, (Página 26 de la sentencia) quien ha dado cuenta de la forma en la que el imputado maltrataba a su hija, y que éste le decía:

"[…] *que era una dunda, no estudiada, palabras así discriminantes, malas palabras, cabrona, sos una puta* […]" (Sic)

Dichas manifestaciones fueron confrontadas también con la declaración del imputado (págs. 18-22), quien al describir su relación con la víctima deja entrever que no era agradable, atribuyendo a **********, los aspectos negativos de la relación, mostrándose él por el contrario una buena persona:

"[…] de esa relación extramarital que se dio posteriormente nació **********, en la cual para mí fue una sorpresa porque en la relación que tuvimos anteriormente siempre en los momentos de romance que se dieron ella me dijo que no podía tener hijos y continuamos la relación casi por un año quedando ella embarazada y dando su fecha en febrero ya que el joven nació el 02 de noviembre de 2004 en ese lapso para mí fue sorpresa la situación porque yo no concebía yo esa situación que se había dado tome a bien respaldarla todo el tiempo […] lo aseguré en el Seguro Social porque tenía la oportunidad de asegurarlo, ya que ella no era aceptada por la condición de convivencia extramarital […] todo

el tiempo hubo una relación estrecha en la cual ayudaba de diferentes formas a ********** […] ya que la madre escasamente pos sus condiciones raramente trabajaba […] tuvimos una relación al inicio bastante aceptable pero con el comportamiento y carácter que ella manejaba casi todo el tiempo, me fui alejando de ella, ya que siempre de una forma molesta me reclamaba cosas que no le podía dedicar mucho tiempo a ella, ni al joven ya que yo tenía mi relación de matrimonio pues eso parte me absorbía […] en su momento oportuno cuando ella me decía que nos íbamos a ver afuera me decía que iba a llevar al niño, y de repente acudía al lugar que nos habíamos puesto de acuerdo para llevar al joven a comprar o a ir a una sana diversión y me decía que él no había querido venir y casi siempre terminábamos en una situación yéndonos a otro lugar a tener intimidad, eso fue alejándose poco a poco, cuando yo de alguna forma por su carácter o su posición ella se ponía a discutir conmigo […] se me iba a meter a la oficina, allí se me levantaron unas notas ya que ella se me iba a meter a la oficina de forma violenta, llegándome a reclamar que porque no había ido a ver al niño […] tuve a bien comprar un seguro y ponerla como beneficiaria a ella, en el momento cuando se da esta situación comienza ella a acosar más creyendo que yo manejo cantidades de dinero, de estar pagando un seguro, me pedía en ocasiones y en otras ocasiones me exigía que le comprara cosas para la casa […] posteriormente a eso vienen las circunstancias que en el 2015 yo me retiré más en varias ocasiones venía y le decía al muchacho que se iba a quedar conmigo afuera y la mayoría de las veces no se quedó conmigo, no la puedo acusarla que se quedaba con otra persona, porque nunca me consta […] vos me dice ya no sos el mismo, mira le dije yo, ya no puedo y no quiero seguir y continuar esta relación, vos me pedís que te saque de la casa, que deje a mi esposa, yo no puedo dejar esta situación, venía exaltándose cuando me dio el teléfono que yo estaba hablando cuando ella de repente se molestó de una forma inmediata y me tiro con el cuchillo una puñalada, cuando yo le meto la mano izquierda y empecé a gotear sangre bastante, había sido una herida bastante fuerte, posteriormente yo la empujé para que ella desistiera de continuar haciendo esa situación posteriormente viene ella y no lo suelta, sino que venía otra vez hacia mi persona, fue cuando le agarré el cuchillo de la hoja, debido a que tenía sangre en mi mano se resbalaba en la mano de ella, pues vine intenté agarrarla con las dos manos y tampoco pude, luego vine y la agarré de la hoja del cuchillo, y me hice en la parte de los palmares heridas en la cual me pusieron atención en el Seguro, me llevaron al seguro, también en el forcejeo caímos al suelo, de ahí no pude recordar otras cosas que pasarán a más como las que estaba escuchando en este momento[…] "(Sic)

En cuanto a las manifestaciones del procesado, la recurrente reprocha al juzgador no haber valorado de forma positiva su dicho, sino que considera que incurrió en una extrema subjetividad al momento de establecer una violencia machista.

En relación a la revisión de la valoración de una declaración vía recurso de apelación, es importante resaltar que el examen de credibilidad del testigo es una cuestión de hecho; es decir, es una facultad exclusiva del juez sentenciador en razón que éste ha presenciado personal y directamente la prueba practicada.

Quiere decir, que se tendrá por habilitada la facultad resolutiva de la Cámara, a medida que se impugne la convicción a la que llegó el juez de sentencia por medio de la prueba testimonial, por considerarse contraria a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia.

Así el examen de valoración de la prueba corresponderá al juez ante quien se reproduzca el medio probatorio (ponderación de las características personales del testigo, actitud personal al momento de declarar, determinación de la fiabilidad del testigo y verosimilitud del testimonio); mientras que al tribunal de alzada le corresponde realizar una revisión de la aplicación de los criterios valorativos sobre el contenido de la declaración testifical misma; es decir, el estudio de la estructura racional cimentada en las conclusiones del juzgador a partir de su apreciación del testimonio inmediado.

Conforme a lo anterior, el juzgador al haber inmediado la deposición del procesado, al exponer su versión de los hechos, su lenguaje corporal, entre otros aspectos estimó que existen aspectos creíbles y no creíbles de sus afirmaciones, ya que en el aspecto económico fue refutado por el dicho de la madre de la víctima quien dijo que era ella quien ayudaba a su hija y a su nieto a sostenerse, indicando además en la página 26 lo siguiente:

"[…] *Este es el ángulo del cual el imputado explica las relaciones con su pareja extramatrimonial, un ambiente de estabilidad, un ambiente de discusiones, de exigencias, de presión, de necesidades económicas por parte del imputado para cubrir lo que la víctima exigía, dando a entender que trataba de alejarse de esa situación.*

*Hizo referencias, en primer lugar, al carácter de la víctima y que por sus condiciones no trabajaba; en segundo lugar, en varias partes de su declaración al referirse a su hijo **********, lo hizo despectivamente, mencionándolo como EL JOVEN, ESE JOVEN, AL JOVEN, esa forma de referirse a ambos denota un desprecio hacia su pareja e hijo.*

Estas circunstancias explicadas por el imputado, en lugar de favorecer su versión, dejan entrever que se estuvo formando en el imputado, las razones o motivaciones de odio hacía la víctima, definitivamente no eran buenas relaciones, sino contrariamente eran relaciones violentas, contradictorias que son causas para provocar sentimientos negativos contra la pareja."(Sic)

Es inevitable ignorar, el malestar con el que el procesado hace mención al comportamiento de **********, de cómo esta le realizaba exigencias de tiempo, visitas y ayuda económica, visitas a su trabajo, realizando insinuaciones sobre una posible deslealtad amorosa con otra persona, y en general actitudes que según su dicho lo motivaron a querer terminar su relación con ella.

Nótese que no hace mención alguna al incidente del motel, la destrucción del teléfono celular de la víctima, atribuye al llanto de la víctima la intervención que tuvo con los agentes policiales, ya que ella le tiro el dinero al suelo, finalmente, justifica su presencia en el lugar de trabajo de la víctima con motivo que iba a dejarle el dinero; en adelante, relata que ella lo atacó primero con el cuchillo, que él trató de quitárselo, hiriendo su mano en el intento, y luego expresa que desconoce que sucedió después.

En general, él atribuye a la víctima, la culpa sobre todos los aspectos negativos que acaecieron entre ambos, mencionando constantemente: "su condición,

por la condición de ella, por su carácter o posición, que no le pidió permiso para trabajar, etc.", expresiones que se consideran discriminantes.

Estas magistradas consideran que probatoriamente han sido incorporados suficientes insumos para poder estimar que la víctima ********** sufrió violencia física, psicológica por parte del imputado IN, violencia que desencadenó en una muerte sumamente violenta, la cual se convierte en el aspecto más importante del caso de alzada que revela el ánimo misógino entendido aquel como una conducta de odio, contra todo lo relacionado con lo femenino tales como rechazo, aversión y desprecio contra las mujeres, y no el simple móvil de odio que la recurrente predica.

En cuanto al resultado muerte, es importante remitirnos al dictamen de autopsia de fecha veintiséis de septiembre de dos mil dieciséis, realizado por el Instituto de Medicina Legal, en fecha dos de diciembre del mismo año, por el médico forense César Arturo Fernández Martínez, quien consignó:

*"[…] CAUSA DE MUERTE: HERIDAS DE CUELLO Y TORAX PRODUCIDAS POR ARMA BLANCA. CONCLUSIÓN: He realizado autopsia médico legal **********. Al examen externo del cadáver presentó múltiples heridas cortantes producidas por arma blanca en cráneo, rostro, cuello, tórax, abdomen y miembros superiores (la presencia de heridas en manos y antebrazos se puede corresponder con heridas de defensa) al examen interno se encontró perforación y hemorragia de órganos vitales (vena yugular, corazón) hemorrágicas en cuello, cavidad torácica y pericardio todo lo cual le causó la muerte […]"* (Sic)

Según el reconocimiento, fueron descritas diecinueve heridas causadas por arma blanca, desconociéndose el total, dado que en una parte se hace mención a múltiples heridas.

Por tanto, la saña de la que fue objeto la víctima al momento de su ataque, en abono con la violencia propiciada por el padre de su hijo, es una circunstancia que permite que los hechos sean adecuados al delito de feminicidio, y no a otro delito como lo cuestiona la recurrente, no avistándose en la valoración del juez yerro alguno.

4.- De tal forma, esta Cámara considera que por parte del juez Quinto de Sentencia de esta ciudad, habiéndose realizado una apropiada valoración de los elementos probatorios de cargo.

En consecuencia, analizado los motivos de impugnación y descartado su capacidad de provocar una modificación en la sentencia condenatoria apelada, habrá de rechazarse la pretensión de la recurrente."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 205-2018, fecha de la resolución: 14/09/2018

FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

SU INTERVENCIÓN PROCESAL DEBE ESTAR DEBIDAMENTE ACREDITADA

"III) Fundamentando lo anterior, se tiene, que en el presente caso, se cuenta con escrito de apelación agregado de Fs. 180 a 181, el cual ha sido firmado por el licenciado Luis Alonso Sánchez Alemán, quien afirma, ser "Fiscal del Caso" (Sic. Fs. 181); escrito el cual, si bien tiene estampado un sello húmedo en el que

se lee: “”Fiscalía General de la República, Unidad de Solución Temprana, Oficina Fiscal Mejicanos””(Sic.), resulta que en ninguno de los folios del proceso, aparece o consta que el licenciado Sánchez Alemán, haya actuado, así como tampoco se encuentra, credencial alguna, que legitime para actuar en calidad de agente auxiliar del señor Fiscal General de la República en el proceso. Es decir, que el referido profesional, no es parte dentro del proceso.

IV).Y es que si bien la Fiscalía General de la República es a quien le corresponde el derecho de interponer el recurso, siendo que no puede, actuar por sí, debe hacerlo conforme la ley se lo exige, así es necesario traer a cuento, la obligación que la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, establece que la válida actuación del agente auxiliar en todo proceso, será mediante la presentación de su respectiva ***credencial;*** tal como lo exige el Inc. 1° del Art. 86 de tal Ley, que a la letra dice: “”Los Agentes Auxiliares de la Fiscalía acreditarán su personería en las actuaciones que realicen, con la respectiva credencial en la que conste la delegación o comisión que se les haya asignado.””(Sic. Lo subrayado es nuestro); por lo que, la persona a quien le corresponde el derecho no ha sido legalmente representada, ya que el recurrente no está apropiadamente acreditado, pues su actuación procesal, no depende de autoasignación, o, en el peor de los casos por interés, sino por delegación y de ahí la obligación ineludible, que tienen los agentes auxiliares de presentar el documento referido, y así acreditar o legitimar su personería, correcta y adecuadamente, conforme a la garantía, y respeto a los principios de orden constitucional, como son, entre otros: el Debido Proceso y la Seguridad Jurídica que deben regir en toda clase de procesos.

V) Conforme los argumentos expuestos, es innegable que el licenciado Sánchez Alemán, carece de la capacidad legal para recurrir y que su basamento o sustento jurídico, y agravio le sean analizados; y ello nos conduce, ineludiblemente a determinar que el medio de impugnación presentado por dicho profesional, incumple con la exigencia prevista en la normativa legal, y por lo tanto debe ser rechazado.

VI) Ahora bien, no obstante lo anterior, este Tribunal no puede dejar de hacer ver al señor Juez que a Fs. 157, tuvo por parte a la licenciada Iris Esmeralda Aguilar de Sandoval, en calidad de agente auxiliar del señor Fiscal General de la República, en virtud de una credencial suscrita por la licenciada Raquel Altagracia Campos de Guevara, en calidad de Jefa de la Oficina Fiscal de Mejicanos, sin que conste en la misma el nombre del agente auxiliar designado, pues un espacio se encuentra en blanco; es decir, tal credencial no autoriza a ningún agente auxiliar para actuar en el proceso; lo que se advierte a efecto de que garantice el cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales, que ya se refirieron.” *Cámara Mixta de Tránsito y de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, número de referencia: 27-2017-1PN-AP, fecha de la resolución: 10/01/2018*

FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA

ELEMENTOS PRINCIPALES

“Inicialmente, se advierte que como primer motivo, el impugnante [...], alega una insuficiente fundamentación analítica intelectiva probatoria de la sentencia,

invocando el vicio contemplado en el Art. 400 numeral 4 Pr. Pn.; como segundo motivo, la errónea aplicación de los Arts. 372 No. 5 y 379 Pr. Pn., al valorar como medio de prueba el recorrido fotográfico o cardex policial y similares cuestionamiento los hace el abogado [...] en el literal B de su escrito.

Para los efectos del orden que se seguirá en el abordaje de las causales previamente relacionadas, esta cámara estima importante señalar que, dentro del marco de argumentación planteado por los impetrantes en ambos recursos, se detectan orientaciones comunes entre dichos motivos, lo que evidencia cierta homogeneidad en la reclamación en relación con los cuestionamientos de fundamentación, ameritando como tal analizar la insuficiente fundamentación intelectiva probatoria.

El contenido de la norma del Art. 400 numeral 4 ya citado, aun cuando es de naturaleza procesal, es una categoría jurídica que pretende proteger al que se considere afectado por una decisión judicial, y no haber explicado los motivos el juez del caso por los cuales llegó a la conclusión en el caso concreto a una decisión de culpabilidad y no absolutoria; resulta que al examinar la sentencia objeto de cuestionamiento por parte de los impetrantes, se tiene que en lo que se denomina fundamentación descriptiva se tiene que se inmedióla impresión de la imagen de la noticia que fue extraída de un periódico que estaba en una plataforma digital y no debió de ser valorada como prueba, ya que es un documento simple que por ello carece de valor para acreditar los hechos.

Pero resulta que tal prueba fue autenticada por las víctimas durante el desarrollo de los debates en la vista pública, al sostener las víctimas testigos que fueron ellos que entregaron tal documento, por lo que tales personas hicieron llegar tal prueba a entes investigadores y no llegó sola; en relación a la exigencia de documentos para acreditar la sustracción de los objetos y dinero, lo anterior de ser así como lo sostienen la defensa técnica, es revivir el sistema de valoración de prueba tasada que le asignaba un valor preexistente a la eficacia de las pruebas; pues hoy, nuestro sistema procesal penal el que se aplica es el sistema de la sana crítica de conformidad con el Art. 179 Pr.Pn., y será el juzgador el que le dará confiabilidad a un medio de prueba determinado, tomando como base el principio de libertad probatoria Art. 176 Pr.Pn., por lo que estos aspectos cuestionados no tienen la razón los impetrantes.

Es necesario precisar, que para fundamentar la sentencia, el juzgador debe realizar una valoración global de los elementos aportados, de esa actividad valorativa plasmada en la sentencia, se logran distinguir tres elementos principales dentro de la misma, que en su conjunto forman la base de su decisión, la cual está contenida en el fallo: El primero denominado como **fundamentación fáctica**, en la cual hace una relación de los hechos históricos sobre la cual emite su fallo. El segundo constituye el sustento probatorio donde analiza los elementos de juicio que han sido vertidos en el proceso, lo que se denomina como **fundamentación probatoria**, donde se fijan los razonamientos siguientes: a) la fundamentación probatoria descriptiva, la cual obliga al juez a señalar en la sentencia cada uno de los medios probatorios conocidos en el debate; y, b) la fundamentación probatoria intelectiva, donde el mismo valora propiamente los medios de prueba, acá no solo se trata que aprecie cada uno de los medios probatorios en su individualidad, sino confrontar y relacionar esa apreciación con el conjunto de

la masa probatoria, siendo en esta parte de la sentencia donde quedan plasmados los criterios de valoración que se han utilizado, al definir cuáles pruebas se acogen y cuáles se rechazan; y, tercero, la **fundamentación jurídica**, donde el aplicador adecua el presupuesto de hecho al presupuesto normativo."

ANULACIÓN PARCIAL DE SENTENCIA CONDENATORIA POR FALTA DE FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

"En relación a la información que narró en la vista pública el testigo que tenía calidad de investigador identificado como IEM, resulta que al examinar el documento sentencia, se tiene que únicamente aparece relacionado en lo que doctrinariamente se conoce como fundamentación descriptiva, y por ello, el primero de los recurrentes cuestiona el aspecto de la insuficiente fundamentación, y es que al analizar la base intelectiva de la decisión se descubre sin mayor esfuerzo judicial, que el juez a quo, no explica o no da las razones o mejor dicho no fundamenta lo relativo a la información que le proporcionó el testigo investigador IEM, limitándose a transcribir su declaración, eso es necesario pero no lo fundamental en la fundamentación intelectiva, eso da pie para que este tribunal de la razón a los recurrentes sobre este motivo de insuficiente fundamentación, por no indicar el impacto que tiene su dicho en la decisión que arribó el sentenciador, es posible que si se hubiera valorado el testimonio la sentencia gozara de legitimidad, porque no es admisible dentro de la categoría del debido proceso expresar que la prueba establece su participación sin dar detalles como es que lo incrimina.

Por los efectos propios que conlleva la existencia de ser insuficiente la fundamentación de la sentencia, es decir la anulación del fallo, se vuelve inoficioso y va en contra del principio y como la sentencia impugnada se encuentra falta de fundamentación, pues los argumentos esgrimidos por el juez a quo no son válidos razonablemente para poder confirmar su decisión, ya que dejó de seguir examinando el dicho del testigo IEM, es decir, no realizó una valoración integral de todos los elementos de prueba, o en su defecto, mencionar por qué los que no iba a valorar carecían de eficacia probatoria.

Por lo que, dado el efecto dirimente del vicio que contiene la sentencia impugnada se deberá anular la misma, de conformidad a lo dispuesto en el Inc. 2° del Art. 475 Pr. Pn., que en su parte final indica: "…En caso de anulación total o parcial de la sentencia, ordenará la reposición del juicio por otro tribunal, salvo cuando la anulación se declare por falta de fundamentación, en cuyo caso corresponderá al mismo tribunal". En consecuencia, se deberá declarar la nulidad de la sentencia objeto de alzada a efecto que el juez sentenciador realice el ejercicio de la valoración del testimonio en forma integral, en unión del resto de elementos probatorios que inmedió en juicio en contra de los encausados en referencia; pues su falta de valoración conllevó al vicio de la sentencia contemplado en el número 5 del Art. 400 Pr. Pn.

A fin de cumplir con lo anterior, siendo que el expediente original remitido fue conocido por el juez Primero de Sentencia de este distrito, [...], de manera unipersonal, conforme a lo dispuesto en el inciso último del Art. 53 Pr. Pn., deberán de remitirse dichas actuaciones para que sea él quien dicte la nueva sentencia debidamente fundamentada.

Respecto de la prueba ofrecida por el recurrente [...] en su libelo recursivo, consistente en el acta de la vista pública y la grabación magnetofónica de audio y video de la misma, declárase no ha lugar, por no reunir los presupuestos procesales de la norma del Art. 472 Pr. Pn., ya que no estamos en presencia de una inconformidad de un vicio del procedimiento."

Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, número de referencia: 63-2018, fecha de la resolución: 09/04/2018

PARÁMETROS PARA TENER POR ESTABLECIDA MÍNIMAMENTE MOTIVADA UNA SENTENCIA

"B. Se hace notar que, con respecto al presente recurso de apelación no existe contestación alguna, por lo que se prescinde de emitir pronunciamiento al respecto.

C. Una vez delimitada la pretensión, así como el agravio, esta Cámara considera oportuno llevar a cabo una línea de análisis pertinente a lo expuesto por el apelante en su recurso de apelación, siendo necesario pronunciarse acerca del deber de motivación que atañe a los jueces, así como sus componentes dentro de la argumentación de la sentencias (i), para luego llevar a cabo un estudio globalizado de la sentencia impugnada (ii), y así concluir identificando si existe el error alegado por el recurrente (iii).

i. Es un hecho que en todo proceso de naturaleza judicial o administrativa versa sobre la determinación de situaciones jurídicas relativas a derechos fundamentales de los gobernados, tales como la afectación sobre su titularidad, proporción, goce o su restricción temporal. En el proceso penal esta importancia cobra especial relevancia dados los intereses imbíbitos en el mismo, como el interés Estatal de persecución y procesamiento del delito, el derecho de la víctima a la reivindicación de un bien jurídico injustamente conculcado o cuanto menos su respectivo resarcimiento, versus la vigencia de la presunción de inocencia del procesado y la legitimación de la pena a imponer en su ideal rehabilitatorio.

La complejidad en la conciliación de todos estos intereses, que prima facie podrían ser antagónicos entre sí, corresponde al Estado en el despliegue de toda su actividad; sin embargo en este contexto el principal aporte se hará en la medida que se brinden los instrumentos normativos que traigan este balance al desarrollo del proceso en todas sus etapas, y que la administración de justicia depure sus procesos de selección, formación y asignación de los encargados de su aplicación.

De esta manera se puede aspirar a volver un tanto menos ilusoria la garantía del debido proceso -tal como es denominado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos- en el quehacer judicial de cada Estado, y que es un complejo entramado de derechos y sub garantías que impiden que el sistema de justicia penal sea utilizado de un modo arbitrario o lesivo de la dignidad humana.

Entre las categorías que conforman esta estructura se encuentran aquellas que se erigen como un valladar durante el desarrollo del proceso con la finalidad de dotarle estabilidad e impedir su manipulación política [BINDER, Alberto. "Introducción al Derecho Procesal Penal". Segunda Edición actualizada y ampliada.

Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina. Pág. 131] se encuentra el derecho de toda persona a obtener una decisión judicial razonada, que se traduce en el deber correlativo del Estado -y específicamente de todo juzgador- de motivar íntegramente sus resoluciones.

Tal imperativo tiene su raigambre en el artículo 8.2 Convención Americana de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que la satisfacción a este deber consta de efectos de trascendencia incluso extraprocesal, ya que exhibe las razones que legitiman la utilización de la facultad de punir tal como los soberanos la han concedido al Estado. Sin embargo, y para los efectos que atañen a este caso en particular, en términos concretos el cumplimiento de esta obligación judicial posibilita a las partes conocer la valoración judicial de sus peticiones y las pruebas actuadas; así como también permite la utilización más efectiva de la vía recursiva a través del escrutinio crítico de las razones que generaron la convicción judicial de la decisión adoptada.

Dicha exigencia de motivación también ha sido objeto de consideración en la jurisprudencia nacional, afirmándose que esta es parte integrante del proceso constitucionalmente configurado y se deriva de los derechos a la seguridad jurídica y de defensa, contenidos respectivamente en los artículos 2 y 12 de la Constitución de la República. En esos términos, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha expresado:

"La exigencia de motivar se deriva de los derechos a la seguridad jurídica y de defensa, contenidos respectivamente en los artículos 2 y 12 de la Constitución; e implica por parte de la autoridad judicial respeto a los derechos fundamentales de los enjuiciados, pues tiene por finalidad garantizar a las personas que pueden verse afectadas con una resolución judicial, conocer los motivos por los cuales el juez resuelve en determinado sentido y permite impugnar tal decisión por medio de los mecanismos que la ley prevé para tal efecto" [Sentencia Definitiva del HC 187-2008, de las 12:52 horas del 4-III-2010].

Este deber de motivación aplicado al contexto penal se encuentra contenido en el mandato expreso dispuesto en el artículo 144 CPP, en cuyo contenido se ordena al juzgador fundamentar toda decisión adoptada con la expresión precisa de los motivos de hecho y de derecho en que éstas se basen. En iguales términos respecto del valor otorgado a las pruebas admitidas, especificando que la simple mención de su contenido no será considerado como satisfacción a este imperativo.

De lo antes expuesto se sigue que los Jueces se encuentran obligados a motivar sus decisiones, lo cual no constituye un mero formalismo procesal, sino el instrumento que facilita a los justiciables los datos, explicaciones y conclusiones necesarios para que conozcan el por qué se resuelve en determinado sentido, de forma que puedan utilizar los medios de impugnación previstos en la ley, si en caso se encuentran en discrepancia con la resolución dictada.

Como vemos, la motivación constituye un requisito sustancial de las sentencias y aquellas providencias que lo ameritan; y si ésta no describe el razonamiento seguido para formar el convencimiento del Juzgador -íter lógico-, así como las razones de hecho y derecho en que se sustenta la decisión, ésta es nula. Constituye además la única manera para determinar si se ha respetado o no las reglas de la sana crítica como sistema de valoración probatoria.

La motivación permite entonces visualizar el camino que ha seguido el pensamiento del funcionario judicial para la formación del convencimiento que concluyó, posibilitando apreciar las razones y el soporte probatorio en que se basó la decisión, con ello por un lado el juez logra legitimar su actuar, y por otro permite al perjudicado someter a control la decisión a través de los recursos pertinentes.

Para la correcta comprensión del contenido del proveído, se debe analizar como un todo, para ello la interpretación integral y sistemática, es la técnica apropiada para analizar la decisión judicial que comentamos. Aunque el juzgador no establezca en apartados, acápites o epígrafes claramente diferenciados entre si la motivación y la decisión adoptada a cada uno de los planteamientos de las partes, lo importante es que el Juez emita pronunciamiento motivado a cada una de las peticiones de las mismas.

Con la finalidad de presentar una sentencia mínimamente motivada, ésta debe contener imperativamente ciertos apartados:

- Motivación de carácter probatorio, que hace referencia hacia los elementos de convicción con los que se cuenta para la determinación de la verdad sobre los hechos investigados. Esta consta de dos niveles: el primero es de carácter descriptivo, en el que se hace una alusión directa al contenido de cada uno de los elementos de prueba admitidos y producidos en juicio; y un segundo de naturaleza intelectiva, que es la valoración judicial de los datos e información aportados por las pruebas ya actuadas.

- Motivación de carácter jurídico, que consiste en el análisis de adecuación de los hechos atribuidos al precepto penal, partiendo de los insumos derivados de las probanzas previamente valoradas por el juzgador; y

- Motivación de carácter fáctico, que es la reconstrucción del hecho histórico que se ha tenido por establecido a partir de la producción y valoración de prueba, y sobre el cual se basará el juicio de reprochabilidad.

En ese sentido se puede concluir que el deber de fundamentación se encuentra comprendido por diversos aspectos que la Sala de lo Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha desglosado en la sentencia dictada a las diez horas y diez minutos del quince de junio de dos mil once, en el expediente marcado bajo referencia 205-CAS-2010, donde ha expresado que dichos elementos son los siguientes:

“a) Fundamentación Fáctica, se determina la plataforma fáctica, es decir los hechos probados, conformado con el establecimiento de los hechos que positivamente se tengan como demostrados de conformidad con los elementos probatorios, que han sido legalmente introducidos al debate. b) Fundamentación Descriptiva, en la que se expresan sucintamente los elementos de juicio, siendo indispensable la descripción de cada elemento probatorio, mediante una referencia explícita a los aspectos más sobresalientes de su contenido. c) Fundamentación Analítica o Intelectiva, es el momento en donde el juzgador analiza los elementos de juicio con que se cuenta, dejando constancia de los aspectos en que consistió la coherencia o incoherencia, la consistencia o inconsistencia, la veracidad o la falsedad del oponente, así como también deben quedar claramente expresados los criterios de valoración que se han utilizado para definir cuál prueba se acoge o rechaza. d) En la fundamentación jurídica se tiene como base la descripción circunstanciada de los hechos que el tribunal

tuvo por establecidos, enunciando el núcleo fáctico y luego expresando por qué se considera que los hechos deben ser subsumidos en determinada norma sustantiva".

Cada uno de los aspectos que resalta la Sala de lo Penal son relevantes para determinar que la existencia de motivación en las sentencias judiciales, será trascendental para justificar cualquier decisión que se adopte por el operador jurisdiccional, y si alguno de ellos faltare podrá calificarse que la decisión judicial adolece de fundamentación insuficiente, y si no se han observado ninguno de dichos elementos podrá concluirse que existe falta de fundamentación; sin embargo, para determinar dichos aspectos, será necesario analizar de forma íntegra la prueba."

PROCEDE ANULAR CONDENA ANTE LA INSUFICIENTE FUNDAMENTACIÓN

"ii. Una vez desarrolladas las consideraciones anteriores, esta Cámara considera oportuno analizar la sentencia impugnada, tanto en su estructura como en su motivación, dicha sentencia es la pronunciada a las catorce horas con treinta minutos del uno de diciembre de dos mil diecisiete, en donde se resolvió condenar al imputado.

Respecto de dicha sentencia esta Cámara advierte que la misma se ha desarrollado de la siguiente manera:

1. Relación de los hechos acusados por la representación fiscal, en donde se ha realizado una transcripción de alrededor de tres páginas describiendo los hechos que se plasmaron en el requerimiento fiscal.
2. Luego, bajo el acápite de desarrollo del juicio, advierte la inaplicabilidad solicitada por el defensor de la Ley Especial Contra el Delito de Extorsión, así como la respuesta brindada por el Tribunal sentenciador; y de esa manera enuncia la prueba que se incorporó en el juicio, haciendo referencia a la prueba testimonial, tanto la propuesta por la Fiscalía como la propuesta por la defensa, así como la prueba documental.
3. Cabe señalar que luego de ello, procedió a analizar la recepción de la prueba que desfiló en juicio y vuelve a hacer alusión a cada uno de los elementos probatorios, pero detallando cada uno de ellos. Por lo que desarrolla lo establecido en el testimonio de la víctima con clave […]. En esa misma sintonía describe cada uno de los elementos que constituyen la prueba documental, indicando el contenido de cada una de ellas y lo que la Fiscalía acordó que probaría.
4. Al concluir dicha enunciación probatoria, el Juez procede a decir lo siguiente:

"V.- Con la prueba testimonial de cargo y descargo, documental y pericial, ofertada por la parte Fiscal, que ha quedado relacionada, la cual ha sido analizada en forma integral, de acuerdo a las normas de la Sana Crítica Racional, con base en los principios de la Lógica, la Psicología y la Experiencia Común […]".

A partir de dicho argumento la Juez dio atisbos de argumentación – sobre todo en el nivel analítico de la argumentación probatoria – de proceder a analizar integralmente la prueba ofertada, sin embargo, se limitó a transcribir el testimonio de cada uno de los testigos de manera reiterada juntamente con la transcripción de los documentos presentados como prueba.

5. Luego de llevar a cabo dichas transcripciones, la Juez establece lo siguiente:

"Con todos los elementos probatorios antes relacionados, considera este Tribunal que la conducta del imputado […], se adecua al delito contemplado en el Art. 2 de la Ley Especial contra el delito de Extorsión […]"

Posterior a ello transcribe el artículo mencionado y concluye – de forma contundente – que se ha comprobado que la víctima con régimen de protección estaba siendo extorsionada, lo cual hace referencia únicamente a uno de los extremos procesales, que es el de la existencia del hecho delictivo.

Aunado a ello, la Juez vuelve a narrar los hechos ocurridos, con la peculiaridad que en lugar de ser una transcripción del requerimiento o la acusación, se hace una síntesis de los mismos.

6. Posterior a ello, realiza un cambio drástico, procediendo a mencionar que no se han comprobado la existencia de las agravantes en la conducta atribuida al imputado, sin embargo no ha realizado – hasta ese momento – ningún análisis relativo a la participación del procesado.

   Concluye el "análisis probatorio" diciendo que los testigos le merecen credibilidad y al final de la sentencia contrasta la prueba, mencionando de forma lacónica que los testigos de la defensa – a pesar de haber contestado sin ningún problema a las preguntas realizadas – son testigos parcializados por ser parientes del imputado. Se destaca que este es el único momento en el que se ha realizado un contraste auténtico de la prueba, pero se advierte que el análisis se ha limitado la prueba testimonial, pues la prueba documental únicamente ha sido mencionada y contrastada con las declaraciones transcritas, sin emitir algún pronunciamiento sobre las razones que permitían concluir de la forma en la que lo hizo.

7. La juzgadora incurre – de forma reiterada – en describir la "determinación precisa y circunstanciada de los hechos acreditados", para luego explicar (a nivel doctrinario) los elementos descriptivos del tipo penal y proceder después a la adecuación de la pena y a las costas procesales y responsabilidad civil.

iii. A partir del recorrido que se ha hecho sobre la sentencia impugnada, y habiendo señalado las partes que las componen y el análisis que se ha desarrollado por la Juzgadora, este Tribunal advierte que la sentencia a la que se ha venido haciendo alusión es predominantemente repetitiva en cuanto a la transcripción de los hechos y la enunciación de la prueba, pues ha relacionado los hechos alrededor de tres ocasiones en la sentencia, y la prueba incorporada la ha enunciado la misma cantidad de veces.

Con respecto a la prueba documental, la Juez ha dejado claramente establecida la pretensión fiscal, pues ha desarrollado lo que se pretendía probar con cada una de ellas, sin embargo al momento de contrastar dicha prueba con las declaraciones de los testigos, no ha desarrollado de manera específica cómo se complementa la una con la otra, sino que únicamente se ha limitado a enunciarla y describir el contenido de la misma.

La Juzgadora lleva a cabo – de forma adecuada – el contraste de la prueba testimonial, comparando las declaraciones de los testigos de cargo y descargo, pero en ningún momento ha desarrollado el contraste o complemento entre la prueba documental con la testimonial.

Además, llama la atención que la administradora de justicia se ha limitado a comprobar la existencia del hecho, pero respecto de la participación del procesado en el mismo no ha emitido pronunciamiento alguno.

De ahí que lo expuesto por el apelante tome relevancia, cuando dice:

"Copiar la denuncia y otros aspectos que están repetidos en el expediente, para elaborar 12 hojas tamaño oficio, no excluyen la motivación que le exige".

Por lo tanto, a partir de las falencias establecidas a lo largo de los romanos ii) y iii) del literal C de la presente sentencia, se colige que existe fundamentación insuficiente en la sentencia impugnada, en razón que se ha omitido desarrollar la motivación de carácter probatorio, en el nivel de la fundamentación analítica. Por lo que será necesario que el Tribunal de Sentencia complete la motivación, haciendo énfasis en el análisis integral de la prueba, llevando a cabo un contraste suficiente sobre la misma que permita identificar los elementos de convicción sobre la decisión tomada, y que se explique de manera adecuada las razones por las que se considera que el imputado ha participado en el hecho delictivo, pues constituye una conclusión a la que únicamente se puede arribar mediante el análisis valorativo de la prueba y no con la mera transcripción de los elementos introducidos al juicio."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 8-2018, fecha de la resolución: 24/05/2018

IDENTIFICACIÓN DEL IMPUTADO

CONSIDERACIONES NORMATIVAS

"Número 1. La competencia de esta Cámara de conformidad al artículo 459 del Código Procesal Penal, se encuentra delimitada a pronunciarse sobre el o los motivos de apelación expresados por la parte apelante y que ha sido admitido. El licenciado […], defensor particular del imputado REMR, alega dos motivos de apelación, en los que expresa su inconformidad con la sentencia condenatoria dictada contra su patrocinado, por lo tanto, se analizaran sus peticiones e inconformidades mediante la presente resolución.

Número 2. El primer motivo de apelación deducido por el recurrente es el previsto legalmente en el sentido: "que el imputado no éste suficientemente identificado, Art. 400 número 1) del CPP", fundamentando el recurrente: […] en contravención al principio de identidad y razón suficiente, si bien es cierto, que se puede tener por establecido la comisión de un ilícito penal, no se cuenta con reconocimiento en fila de personas, esto para comprobar que el sujeto que violó a la menor es el mismo que ha estado siendo objeto de juicio […]

Número 3. Debe señalarse, que este vicio tiene una dimensión diferente a la alegada por el recurrente, el vicio se refiere con exclusividad a la identificación del imputado como sujeto procesal material, es decir, la coincidencia que debe existir en la identificación de la persona procesada respecto del proceso, y no se vincula a la comprobación de la participación criminal de la persona en el sentido de una imputación penal atribuida y su comprobación, por los diferentes mecanismos de prueba, de tal manera que este vicio solo opera cuando la identificación personal del imputado no es coincidente con su persona, precisamente

en atención a la regla del art. 83 CPP que dice: “La identificación del imputado se practicará por sus datos personales, impresiones digitales, señales particulares, o a través de cualquier medio. Si se niega a dar estos datos, o los proporciona falsamente se procederá a la identificación por testigos, en la forma prevista para los reconocimientos o por otros medios que se estimen útiles. Cuando exista certeza sobre la identidad física de la persona imputada, las dudas sobre los datos personales no alteraran el curso del procedimiento, sin perjuicio de que se rectifiquen en cualquier estado de las actuaciones, incluso durante de la ejecución de la pena.

Número 4. Como se puede advertir la referencia al vicio de identificación del imputado, no se encuentra vinculado a la cuestión de la determinación procesal de su participación delictiva en el hecho, sino al aspecto de su identidad personal como sujeto de derecho, lo cual debe quedar establecido, para saber contra quien es la persona respecto de la cual se ha materializado la persecución penal, y en este caso es claro y terminante que la investigación y procesamiento lo ha sido respecto de la persona de […].”

AUSENCIA DE RECONOCIMIENTO EN RUEDA DE PERSONAS, NO SIGNIFICA QUE EL IMPUTADO NO SE ENCUENTRE IDENTIFICADO

“Número 5. El reconocimiento en rueda de personas, tiene como finalidad disipar las dudas en cuanto a la identidad de la persona acusada como autor directo o participe en hechos ilícitos, la práctica de dicho órgano de prueba –cuando está judicializado-, está supeditado a determinar la vinculación del justiciable con el hecho criminal, en el sentido que la persona que lo señala como partícipe del delito lo ha visto o lo conoce, siempre que sea necesario la plena identificación de la persona imputada por el órgano de prueba, lo cual no sucede cuando, la persona que hace referencia al imputado como el partícipe del hecho lo conoce y por ejemplo lo identifica nominalmente.

Número 6. Precisamente sobre el reconocimiento de personas como medio de prueba se ha dicho: […] no es un medio identificativo obligatorio: no es preciso practicarla automáticamente en todos los casos, ni mucho menos cuando no concurra la menor duda acerca de la identidad del autor del hecho delictivo investigado. Sino que sólo debe hacerse cuando haya dudas razonables al respecto, porque si la identificación del imputado ha quedado suficientemente concretada a través de cualquier otro modo identificativo… y no hay dudas sobre la misma, deviene en una diligencia innecesaria e inútil[…]”. [Carlos Climent Durán, en su libro “La Prueba Penal”, Tomo II, 2005, Valencia, página 2,282].

Número 7. Así, ante la falta de dicha identificación es que se configura el vicio de la sentencia regulado en el artículo 400 número 1) del CPP., lo que no tiene nada que ver con la participación delictiva de una persona, son cosas totalmente diferentes, ya que la participación en un ilícito se demuestra a partir de los elementos de prueba, y la identificación está enfocada a relacionar que la persona acusada.

Número 8. En ese sentido, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con número de referencia 481-CAS-2004 establece que: […] No deben confundirse los significados identificar con el de individualizar, pues

esta es una forma de separar a los individuos para distinguirlos, y se cumple con ella cuando la persona queda señalada para no ser confundida con otros, al contrario de la primera es un proceso investigativo, a través del cual se reconoce si una persona o cosa es la misma que se supone o que es buscada. En conclusión, la individualización se refiere a distinguir, mientras que la identificación a comprobar [...].

Número 9. En este caso –como ya se dijo– sí se ha identificado al procesado […], desde que se presentó el requerimiento fiscal hasta las últimas actuaciones del proceso, en donde se hace referencia a los datos identificativos del imputado […], quien estuvo presente en la audiencia de vista pública, y de acuerdo al artículo 91 del CPP, se le realizó interrogatorio de identificación, quien manifestó sus datos personales, mismos que coinciden con los que se encuentran agregados al proceso.

Número 10. En ese orden, que no se haya practicado un reconocimiento en rueda de personas al imputado […], no quiere decir que no se encuentra identificado, pues los señalamientos que ha hecho la víctima incluso desde antes que se iniciara el proceso, fueron que sostuvo una relación sentimental con él y que debido a ese noviazgo es que fueron a un Motel […], y tuvieron relaciones sexuales, motivo por el cual, el señor […], padre de la menor al darse cuenta de dicha circunstancia denunció al procesado. Por lo tanto, no se configura el vicio de la sentencia y por ende el motivo de apelación alegado."

CONSIDERACIONES NORMATIVAS Y DOCTRINARIAS SOBRE LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL DE UNA VÍCTIMA MENOR DE EDAD

"Número 11. En cuanto al segundo motivo, nominado como: "que el fallo emitido, por el Tribunal de Sentencia, no está apegada a Derecho", de conformidad al artículo 400 número 5) y artículo 144 del CPP., el recurrente alega: [a] que el Juez Sentenciador, no está convencido suficientemente del desfile probatorio que inmedió en el juicio: lo anterior, lo relaciona en razón de tres párrafos que el Juez Suplente del Tribunal Cuarto de Sentencia, plasmó […], siendo los siguientes: […] que en el presente caso no quedó claro cómo fue que los hechos salieron a la luz, debido a que el señor […], refirió que se dio cuenta de los hechos porque la esposa […], se los comentó, en razón que a ésta última se los había dicho la joven víctima… pero en el cuadro fáctico del dictamen de acusación se establece que la joven víctima se lo dijo a su cuñada […]

Número 12. Además: […] que en el historial del reconocimiento médico forense, la joven víctima le manifestó al perito, que estuvo acompañada con su novio por un día, con quien mantuvo relaciones sexuales en una ocasión […] que con todo lo anterior, se logró establecer la participación del señor […], en la comisión del delito de Violación en Menor o Incapaz […]. No se advierte duda o inseguridad del Juez de Instancia en cuanto a los hechos acusados, sino que refiere claramente que sus dudas están enfocadas a cómo fue que esos hechos se dieron a conocer a las autoridades correspondientes. […].

Número 14. Respecto a la memoria, debe señalarse que tal actividad se vincula al proceso por medio el cual un sujeto conserva y reconoce lo que percibió a través de sus sentidos, por lo tanto, deben ser valorados los factores que la

condicionan, como son el transcurso del tiempo, la sugestión, que puede ser motivada por causas internas y externas, la autosugestión (justificación o mecanismo de defensa cuando le resulta difícil aceptar o justificar) y heterosugestión cuando proviene de factores externos.

Número 15. De igual forma, la memoria se ve afectada por la influencia de declaraciones anteriores de la persona, puesto que el recuerdo es transmitido en forma verbal, transformado en palabras y las palabras toman el lugar del recuerdo, por lo que el repetir las palabras convierte el recuerdo en repetición de lo afirmado anteriormente. Destacan dentro de los problemas o errores en la memoria, la deformación de imágenes, que se forma con la pérdida de elementos secundarios, olvidos, que son suplidos por apreciación personal llenando lagunas, y los actos decididos recordados como realizados.

Número 16. Hay un aspecto muy importante, que no se puede obviar, y es el interés de la persona en declarar, que puede ser motivado por la afinidad, el parentesco, la amistad o enemistad, con alguna de las partes materiales o procesales, o alguno de los interesados, de los que puede deducirse la parcialidad del o los testigos, y en el presente caso no hay ninguna circunstancia que ponga en duda la veracidad de lo declarado por el testigo.

Número 17. Por lo anterior, se considera que la contradicción del testigo […], no es de una relevancia tal, como para rechazar la información que el mismo ha proporcionado sobre los hechos, tomando en cuenta que por el transcurso del tiempo entre la fecha en que tuvo conocimiento de los hechos (año 2015), y a la fecha en que declaró (noviembre 2017), es aceptable que detalles como el apuntado no sean coincidentes, ya que transcurrieron dos años aproximadamente, lo anterior significa que el aspecto cuestionado no resulta sustantivo para afectar la credibilidad de la prueba testimonial en su conjunto, y debe recodarse que el vicio de errónea valoración de la prueba, supone un defecto de esencialidad en la ponderación de la misma, lo cual no ha acontecido.

Número 18. En cuanto al dicho de la víctima […], se procederá a analizar los elementos corroborativos de la declaración de la víctima, por ser lo que el recurrente reclama en el motivo de apelación en estudio, puesto que se cuestiona la suficiencia de la prueba testimonial, en este caso de la declaración de la presunta víctima respecto de los hechos que narró en su testimonio. Debe indicarse que para fortalecer el dicho de la víctima la apreciación de su declaración se rige por ciertos aspectos que la doctrina de manera bastante uniforme reconoce en el sentido siguiente:

Número 19. El primero: a) ausencia de incredibilidad subjetiva: es decir el examen de la conducta o actitud de la víctima-testigo en relación a los hechos, ello se realiza, tomando en consideración lo siguiente: i) inexistencia de móviles espurios, es decir, sí existe un ánimo de resentimiento por parte de la víctima hacía el victimario que la motive a denunciar por venganza u odio o en dado caso que sea producto de fantasías o creaciones imaginarias. Respecto a ello, quien denunció los hechos no fue la víctima, sino que el padre de ella, señor […], por lo tanto, no se podría determinar que la denuncia fue hecha en razón de sentimientos negativos hacia el imputado, pues la única persona que ha narrado los hechos ha sido la víctima […] e inclusive la victima ha señalado que no quería que el justiciable fuese preso.

Número 20. En ese orden: ii) la apreciación de condiciones personales, aquí debe de considerarse la edad de la víctima, la existencia de enfermedades como por ejemplo trastornos de personalidad o mentales. En éste caso, se ha contado con certificación de partida de nacimiento, […], en la que se hace constar que la víctima […], es decir, que para la fecha en que sucedieron los hechos, (año 2015), la víctima tenía trece años de edad aproximadamente, pero declaró en audiencia de vista pública, hasta el año 2017, cuando tenía dieciséis años de edad.

Número 21. Por lo tanto, es factible afirmar que la víctima es una persona ubicada dentro del parámetro de normalidad que tiene las capacidades mentales acorde a su edad, para poder expresar los hechos, no existiendo respecto de ella, limitante alguna que determine la existencia de afectaciones especiales que puedan incidir en lo declarado. Ahora bien, el segundo elemento corroborativo es: b) verosimilitud: el cual está encaminado a analizar el contenido de la versión de la víctima, iniciando con: i) la lógica: es decir, que no debe de contradecirse entre sí, debe ser precisa y consistente todo ello en términos sustanciales.

Número 22. Sobre este punto, el recurrente ha controvertido la declaración de la menor […], en cuando a que a la Doctora […], le manifestó que: “el día veintisiete de febrero de este año (2015), se acompañó con su novio por un día, manteniendo relaciones sexuales en una ocasión: que desde entonces no le viene su menstruación”, es importante referir que, los relatos que las víctimas comúnmente hacen a los peritos del Instituto de Medicina Legal, no constituyen una declaración testifical en sentido estricto, únicamente ayudan a contextualizar al perito sobre los hechos que le acontecieron –ello como parte de la metodología de la pericia–pero no se debe dejar a un lado, que lo plasmado constituye una narración hecha por la víctima del delito, por lo tanto, adquiere relevancia y puede ser sujeta a valoración en conjunto con la declaración que rindiere la víctima en vista pública, con la finalidad de verificar sí durante las oportunidades procesales que la víctima tuvo para declarar de los hechos, lo hizo bajo un mismo orden de ideas y de forma congruente.

Número 23. En los delitos de contenido sexual, el testimonio del menor víctima constituye prueba de suma importancia, ya que en la mayoría de los casos, -como el que nos ocupa-, es el único medio de prueba capaz de corroborar la existencia real del delito, ya que en su mayoría son cometidos en un entorno privado, donde interactúan únicamente el agresor y la víctima, por lo tanto, la declaración de la persona agredida, debe ser valorada de forma adecuada y de acuerdo a las reglas de la sana critica, teniéndose en cuenta las particularidades de cada caso, y la necesidad de corroboración del dicho por otros elementos de prueba, cuando ello sea procedente.

Número 24. En la audiencia de vista pública la víctima no manifestó nada al respecto, y tampoco se le cuestionó sobre ese tema, como para saber a qué hacía referencia con “acompañarse por un día”, lo que no puede ser catalogado como incongruente, pues desde el inicio del proceso se ha mantenido la misma versión de los hechos, en cuanto a que sostuvo relaciones sexuales con el imputado […], y es básicamente el mismo relato que rindió en entrevista en sede fiscal, es decir en lo sustantivo, el testimonio resulta coherente, y los cambios

que normalmente pueden darse de un testimonio a otro, no resultan sustanciales para calificar al testimonio como contradictorio por esencia.

Número 25. En conclusión, tales relatos no son una declaración testifical, sus afirmaciones no pueden ser tratadas entonces como testimonios; la versión del paciente en las pericias, es un acto necesario para la elaboración de las mismas, porque según la metodología del acto, es necesario la entrevista de la persona objeto de la pericia, pero no se trata de una declaración testifical; su utilización para ser confrontada con un testimonio entonces es limitada; y no puede ser apreciada en un sentido general de una declaración respecto de otra declaración testimonial; ello limita el sentido apreciativo que la misma pueda tener, puede ser un elemento periférico de corroboración.

Número 26. Ahora bien, siguiendo con los elementos corroborativos de la declaración de la víctima, ii) corroboración es periféricas: es decir, que el dicho de la persona que sufrió los hechos, sea corroborado con otros medios de prueba, por ejemplo: lesiones, huellas, declaraciones de otras personas, pericias, estados de emoción, etc., Se cuenta con reconocimiento médico de genitales, […], aproximadamente dos meses después de sucedidos los hechos-en el que se concluyó: […] a nivel genital himen tipo coroliforme, con dos desgarros antiguos, presentando secreción sugestiva de infección vaginal […]. Lo anterior, corrobora el dicho de la víctima […], cuando refiere que tuvo relaciones sexuales, con el imputado […], dijo: "que la llevó a los hospedajes […]…entraron al lugar y ocurrieron los hechos, tuvieron relaciones sexuales por una hora".

Número 27. El último elemento corroborativo respecto al testimonio de la víctima: c) persistencia en la incriminación, lo que indica que la declaración debe carecer de ambigüedades u contradicciones, lo que se corrobora mediante la persistencia de la imputación a través del tiempo, notándose una narración concreta, precisa y coherente, es decir, única con ausencia de contradicción entre las diversas versiones de la víctima. En éste caso, […], ha sido congruente al manifestar que: [a] los hechos ocurrieron el día 27 de febrero de 2015, [b] que la víctima […], sostuvo una relación sentimental con el imputado […], [c] que la víctima se encontraba en su casa de habitación, y bajo la excusa que iba a ir donde su mamá quien se encontraba en una vigilia, salió de la casa, [d] que el imputado […], [e] que sostuvieron relaciones sexuales durante una hora aproximadamente, y [f] que luego el encartado la llevó nuevamente al lugar donde se estaba llevando a cabo la vigila religiosa."

EXISTE CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ, SIN IMPORTAR QUE LA MENOR HAYA TENIDO LA VOLUNTAD Y ANUENCIA DE TENER RELACIONES SEXUALES CON UNA PERSONA MAYOR DE EDAD

"Número 28. Debe indicarse que en éste caso se ha contado con la anuencia y voluntad de la menor […], pero ello no quiere decir que el delito no existió o no se configuren los elementos del tipo penal, la razón de ello, es que de acuerdo a nuestro régimen legal, por su corta edad carece de una completa dimensión del ejercicio de la sexualidad, puesto que su desarrollo personal no le permite tener un pleno conocimiento del significado y responsabilidad de los actos sexuales, por lo que no posee la completa autonomía para determinar su comportamiento

sexual, en tal sentido debe apreciarse lo relativo al ámbito de la libertad sexual, puesto que los pre-adolescentes o adolecentes, aunque tengan significación de su esfera de sexualidad, no siempre tendrán el desarrollo necesario para expresar un consentimiento plenamente válido, este aspecto debe ser ponderado también según las circunstancias de cada caso.

Número 29. Finalmente, conviene aclarar al recurrente que; al no existir un registro de los hospedajes, no significa que no se corrobore el dicho de la víctima […], en primer lugar, porque ella ha sido clara al manifestar que el imputado la llevó a un Hospedaje […], en segundo lugar, porque en los Hospedajes o Moteles no llevan un registro de las personas que entran o salen, debido a la privacidad que sugieren, el poco tiempo que las personas lo utilizan y para los fines utilizados, no llevan un control legítimo como en Hoteles.

Número 30. Por lo tanto, es difícil poder acreditar mediante registros sí la víctima […], entraron a un Motel, es por ello, dicha circunstancia ha sido acreditada mediante la declaración de la menor, quien lo ha sostenido desde el principio del proceso penal. En igual estado queda la inspección ocular que refiere el recurrente, ya que al no haberse practicado no significa que el hospedaje que la víctima indica no exista. Por lo tanto, el motivo de apelación en estudio no se configura."

PROCEDE CONFIRMAR LA SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA, POR CUANTO SE HA VALORADO EL MATERIAL PROBATORIO CONFORME A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

"Número 31. No se advierte en la Sentencia venida en apelación, ninguno de los motivos invocados por el recurrente, pues el Juez Suplente del Tribunal Cuarto de Sentencia de ésta ciudad, ha valorado la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, por lo que en la parte resolutiva de la presente sentencia se procederá a confirmar la resolución que fue objeto de apelación.

Número 32. Por último debe considerarse una situación especial respecto de la privación de libertad decretada al imputado […], ya que al ser condenado por el Tribunal de instancia , a la pena de catorce años de prisión por el delito de violación en menor y siendo que dicha sentencia aún no se encuentra firme debe considerarse que el artículo 8 del CPP., en el inciso tercero expresa: "La privación de libertad podrá extenderse mediante resolución fundada por doce meses más para los delitos graves durante o como efecto del trámite de los recursos de la sentencia condenatoria".

Número 33. Debe entonces tomarse en cuanta sobre la privación de libertad del justiciable […] que la sentencia condenatoria dictada en su contra ha sido confirmada por este Tribunal de Segunda Instancia, lo cual significa que la condena impuesta se mantiene por el delito atribuido, debiendo dicho encartado cumplir la pena de prisión impuesta cuando la sentencia quede firme, por ende la prisión impuesta debe ejecutarse, y en tal sentido deben mantenerse en prisión preventiva mientras esta decisión no quede firme.

Número 34. En tal sentido, la prórroga de la prisión preventiva se justifica en: a) el grado de convicción sobre los extremos de la imputación, es decir, existencia del delito y participación delictiva del imputado […] se mantiene con el mismo

grado de certeza para esta Cámara, puesto que se mantiene la apariencia de derecho sobre su culpabilidad en el delito que se le atribuye; b) que respecto de dicho imputado se mantiene con grado de certeza positiva la apariencia de derecho sólida y determinada en dos instancias diferentes.

Número 35. c) Que la pena a la cual han sido condenado […] es de catorce años de prisión, por lo que se requiere para los fines del derecho penal, si la sentencia queda firme, se cumpla ante el quebrantamiento normativo de una conducta reprimida por la ley penal por lo cual se necesita que cumplan la pena a la cual se le condenó en caso de firmeza de la sentencia; d) que no sería razonable ordenar su libertad cuando ha sido declarado culpable y ser condenado a una pena de prisión que deberán cumplir necesariamente; e) que en tal sentido, la única medida que garantiza su presencia para cumplir la pena de prisión que se le ha impuesto, es la prisión preventiva, mientras la sentencia no quede firme, de lo contrario se afectarían los fines del derecho penal y de protección de los bienes jurídicos mediante el uso legítimo del mismo.

Número 36. Conforme a lo dicho, para esta Cámara al confirmarse la sentencia de condena impuesta al imputado […] se mantiene el status de culpables de la infracción penal atribuida, y para esta Cámara, al dictar en apelación la sentencia definitiva en segunda instancia de confirma de condena, desaparece del procesado la presunción de inocencia y su condición es de persona culpable respecto del delito atribuido; por lo cual procede que se mantengan en detención provisional, durante el trámite de posibles recursos, para lo cual de conformidad con lo establecido en el artículo 8 Código Penal, se prorroga su detención provisional como situación jurídica de su estado personal, en caso de concurrir otro recurso, y al contrario si la sentencia queda firme, la detención provisional se transformará en prisión."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-23-SC-2018, fecha de la resolución: 15/03/2018

INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA ECONÓMICA

PROCEDE REVOCAR LA SENTENCIA CONDENATORIA POR LA FALTA DE COMPROBACIÓN DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL SUJETO OBLIGADO

"1.- Esencialmente, el punto a dilucidar por esta Cámara es si el ahora Tribunal Primero de Sentencia de Zacatecoluca desarrolló una fundamentación analítica apegada al principio lógico de razón suficiente, expresando las inferencias extraídas del acervo de evidencias que le condujeron a concluir válidamente que el imputado no pagó las cuotas alimenticias establecidas a favor de la víctima de manera deliberada, dado que según el recurrente, se le condenó sin prueba alguna que acreditara su capacidad económica y el incumplimiento deliberado, dándole un sentido totalmente distinto a lo establecido en el tipo penal.

Para resolver el motivo de apelación se vuelve necesario mencionar que los tribunales de alzada, de acuerdo a los alcances del motivo invocado, pueden verificar la suficiencia de la prueba de cargo, constatar las omisiones en la ponderación de evidencias o controlar la logicidad de la fundamentación intelectiva

del pronunciamiento de primer grado, operaciones que deben realizarse bajo la orientación de las reglas del correcto entendimiento humano. (Sentencia de la Sala de lo Penal 91C2013, de fecha 24/07/2013)

Una de estas directrices básicas que debe guiar el ejercicio de análisis probatorio es el principio de razón suficiente, íntimamente vinculado a la ley lógica de derivación del pensamiento. Cabe acotar que esta Sala de lo Penal sostiene sobre dicho principio que: "exige que cada juicio del razonamiento provenga de otro con el cual está relacionado, es decir, el raciocinio debe de constituirse con inferencias razonables deducidas de las pruebas destiladas y de la sucesión de inferencias que en base a aquellas se vayan edificando, a cada conclusión sea afirmativa o negativa le corresponde un elemento de convicción, del cual ha de inferirse dicho juicio" (Sentencia de la Sala de Lo penal Ref. 410C2015, dictada el 13/04/2016).

Ahora bien el análisis intelectivo referido a la determinación de la tipicidad subjetiva prestan una gran dificultas, dado que la realidad del fuero interno del sujeto constituye un ámbito que no puede ser percibido directamente por los sentidos, ya que se concibe al dolo como un hecho subjetivo no aprehensible por medio de los sentidos dado su carácter interno, y que por tanto su existencia como hecho síquico ha de ser establecida conforme a 1as reglas del proceso, deduciéndolo de la comprobación de otras circunstancias externas de la acción.

La jurisprudencia casaciones señala que debe haber un enlace preciso y directo entre el hecho externo probado y el hecho subjetivo que se pretende probar, es decir que del hecho probado (objetivo-manifestación externa) se deduce el hecho síquico, debiendo concurrir entre ambos un nexo causal coherente y derivado del dato externo. Otra forma de enfrentar el tema del dolo y su prueba es ya no pretendiendo la acreditación de un hecho síquico, sino mediante una valoración integral y conjunta del hecho probado, según su sentido social, es decir que partiendo de las características perceptibles de la acción pueda ser valorada socialmente como una negación consciente de la concreta norma penal infringida" (Sentencia de la Sala de Lo penal 498-CAS-2011, dictada el 28/03/2012).

2.- Ahora bien, el sentenciador expuso a páginas 7 de la sentencia porque consideró que se había acreditado el elemento subjetivo en el delito de Incumplimiento en los deberes de asistencia de la siguiente manera: """"…. sin lugar a dudas el que el acusado, conocedor de su obligación, actuó con conciencia de que realizaba un acto ilícito, pues comprendía al estar en el uso pleno de sus facultades mentales que sobre él pesa la obligación de pagar las cuotas alimenticias a sus menores víctimas (sic) por lo que al sustraerse de dicha obligación ese un acto ilegal de su parte"""""

Así mismo señaló a páginas 8 de la sentencia que " [el incumplimiento de los deberes de asistencia] es un delito doloso, el cual requiere el conocimiento y la conciencia del incumplimiento de los deberes de asistencia económica que se tienen de los padres hacia sus hijos lo cual en el presente caso está demostrado conforme las certificaciones de la partida de nacimiento de las menores víctimas y con respecto el convenio formal del acusado con sus acusado, con la certificación de las diligencias promovidas en oficina Auxiliar de la Procuraduría General de la República, de Zacatecoluca, por la señora **********, (…) en contra

del señor HMP, con la cual se establece la obligación contraída imputado ante sus hijas en concepto de cuota alimenticia""

De lo anteriormente relacionado se observa que el juzgador A Quo acredito el elemento subjetivo por el hecho de que el imputado era conocedor de la obligación que tenía y aun así se sustrajo de dicha obligación, es decir que para el sentenciador basta el conocimiento y la conciencia del incumplimiento para los deberes de asistencia económica que se tiene para establecer el delito en mención; dicho planteamiento es equivocado por cuanto lo verdaderamente relevante a los efectos de la intencionalidad de la conducta, es determinar si el procesado tenía una actividad económica que le permitiese cumplir con la obligación de asistencia a sus hijas.

Debe de entenderse que aquellos hechos punibles cuya conducta típica consiste en el incumplimiento de prestaciones dinerarias legalmente establecidas, el establecimiento del dolo se vincula a la comprobación de la capacidad económica del sujeto obligado, y no únicamente el mero hecho de la ausencia de pago. Así lo ha señalado este tribunal casacional en donde señala que: "En la vida social pueden advertirse impagos, pero para que una omisión tenga relevancia penal se exige que sea deliberada" (sentencia de la Sal de lo Penal Ref. 389-CAS-2011, dictada 17/1212012)

Lo anterior, resulta aplicable al supuesto particular del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia económica, contemplado en el Art. 201 Pn., cuya tipicidad subjetiva requiere que el impago de las cuotas alimenticias sea realizado por un sujeto con efectiva capacidad de pago, puesto que solamente la persona que se encuentra con tal posibilidad, puede desatender voluntariamente la obligación de asistencia económica derivada del vínculo familiar.

Con base en lo antes expresado se puede estimar la voluntad dolosa cuando conociendo la existencia de la obligación, se omite el pago de la misma a sabiendas de la posibilidad de su realización. El elemento intencional del delito impide entender realizado el tipo por el simple dato objetivo de la omisión de la prestación, lo cual infringiría el principio de culpabilidad y daría lugar a un auténtico supuesto de "prisión por deudas", posibilidad que resulta incompatible con los principios del Derecho Penal moderno" (Vid sentencia de la sal de lo Penal con referencia 320C2016 con fecha 24/03/2017)

Lo anteriormente señalado y aplicado al caso en concreto, este Tribunal advierte que el señor Juez acredita el elemento subjetivo con la certificación de partida de nacimiento, convenio del pago de alimentos y la posterior proceso administrativos por incumplimiento de ese convenio; sin embargo con ello únicamente se comprueba la obligación que tenía el imputado de dar una pensión alimenticia a su hijas mas no, si tenía la capacidad de pago para hacerle frente y no hacerlo deliberadamente.

Es de aclarar que el hecho que el imputado no tenga un trabajo formal no significa inevitablemente que ya no tiene capacidad de pago pues puede que realice otros trabajos (v. gr. Informales) con los cuales puede paliar tanto su situación económica como cumplir con los deberes de asistencia a los que está obligado; el problema es que en el presente caso no se presentó prueba idónea para acreditar ese supuesto como pudo haber sido un estudio socioeconómico o el movimiento de sus cuenta bancarais en el que se podría haber determinado

si tenía la posibilidad económica y a pesar de ello no lo hizo; en ese sentido no se ha podido acreditar el elementos subjetivo, en el delito Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Económica y en consecuencia tampoco puede tenerse por acreditado la existía del referido ilícito en contra del imputado [...].

En razón de lo anterior a criterio de esta Cámara en la sentencia de mérito se ha incurrido en el vicio denunciado por el apelante, por lo que se procederá a revocar la sentencia en los términos expuestos y se enmendará directamente el error advertido, pronunciando una sentencia absolutoria a favor del imputado mencionado."

Cámara de la Tercera Sección del Centro, número de referencia: P-18-PC-SENT-2017-CPPV, fecha de la resolución: 21/08/2018

INTERVENCIONES CORPORALES

EXTRACCIÓN DE FLUIDOS Y PRÁCTICA DE PRUEBA DE ADN PUEDAN REALIZARSE FUERA DEL PLAZO DE INSTRUCCIÓN, ANTES DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR O INCLUSO DESPUÉS DE ÉSTA, SIN QUE ELLO IMPLIQUE UNA PRÓRROGA DEL PLAZO DE INSTRUCCIÓN

"a) Previamente se indicaron las razones por las cuales la juzgadora ha denegado señalar fecha y hora para llevar a cabo la diligencia de extracción de fluidos de la víctima y su hija recién nacida y la exposición de agravios hecha por la parte fiscal.

Efectivamente, a folios 147, se encuentra agregado auto de las doce horas con treinta minutos del seis de marzo de este año, donde se consigna que se deja sin efecto la extracción de fluidos de la víctima y su hija recién nacida, debido a que la madre de la víctima no podía comparecer a la diligencia representando legalmente a su hija, por motivos laborales.

b) La práctica de análisis de ADN y las consiguientes diligencias de extracción de fluidos del imputado, víctima e hija de esta, fueron solicitadas por la parte fiscal desde el requerimiento de acción penal ante el Juzgado de Paz. De igual forma, en el auto de instrucción se relaciona la misma, indicándose que la misma se autorizaría cuando estuviese disponible el imputado (estaba ausente) y se tuviese a disposición la certificación de partida de nacimiento de la hija de la víctima. En este mismo auto se indicó que el plazo de instrucción sería de tres meses, el cual finalizaría el veinte de enero de este año y que el dictamen a que se refiere el art. 355 pr. pn., debía ser presentado a más tardar el veintinueve de ese mismo mes y año.

En el dictamen de acusación, presentado el veintiséis de enero de este año, la parte fiscal reiteró la solicitud de practica de ADN con la consiguiente extracción de fluidos, señalando el Juez A Quo mediante auto de nueve horas con veinte minutos del treinta de enero de este año, que se ordenaría ello, "una vez se cuente con la presencia del imputado".

Es en fecha catorce de febrero de este año que el imputado es intimado respecto del presente proceso, en las Bartolinas del Centro Judicial Integrado de Soyapango, por lo que por medio de auto de las quince horas con cuarenta

y cinco minutos del quince de febrero de este año, el Juez señaló la audiencia preliminar y el reconocimiento de personas para el día veintiocho de ese mismo mes y año. No hizo referencia alguna a la práctica de prueba de ADN, no obstante que en dos ocasiones previas se había indicado que se señalaría cuando estuviese disponible el imputado.

De ahí que el veintiuno de febrero de este año, la parte fiscal requiere nuevamente la práctica de la diligencia, presentando también la certificación de partida de nacimiento de la hija de la víctima. Ante ello, el juzgador accedió a lo solicitado (auto de las doce horas del veintiséis de febrero de este año), no llevándose a cabo por las razones que se apuntaron supra.

c) De lo anterior puede sostenerse que la solicitud de práctica de la diligencia de ADN, se realizó en tiempo, es decir, previo a que finalizase la etapa de instrucción; y si esta no fue autorizada ni llevada a cabo durante ese lapso, es porque no estaba disponible el imputado como también por el hecho que el hijo de la víctima no había nacido.

Uno de los motivos que ha señalado la Juez A Quo para no acceder a reprogramar nuevamente la diligencia de extracción de fluidos de la víctima y su hija, es que estaba próxima la fecha en que finalizarían los seis meses máximos de duración de la fase de instrucción. Respecto de ello debe indicarse que, según se advierte del contenido de las diligencias enviadas a esta sede, el plazo de instrucción en este proceso se fijó en tres meses, no en seis, sin que conste que se haya autorizado una prórroga del mismo, tal como señala el art. 310 pr. pn.

En ese sentido, si el juez autorizó la diligencia de prueba de ADN y extracción de fluidos en fecha veintiséis de febrero de este año, para ese momento la instrucción ya había finalizado (tres meses que vencían el veinte de enero de este año), sin que ello fuese óbice para acceder a lo pedido, como sí lo fue en esta oportunidad.

No obstante lo anterior, debe tener en cuenta el juzgador que realización de este tipo de diligencias (extracción de fluidos y práctica de prueba de ADN) y posterior emisión del dictamen correspondiente, no está supeditada únicamente al plazo de vigencia del plazo de instrucción, máxime si se trata de un acto urgente de comprobación que implica una intervención corporal.

Así incluso, en el caso de los anticipos de prueba testimonial, se posibilita su práctica *en cualquier momento del proceso*, tal como expresamente lo señala el art. 305 pr. pn.; por lo que sobre esa base, es factible que diligencias como las que nos ocupa en el presente caso (extracción de fluidos y práctica de prueba de ADN), puedan realizarse incluso fuera del plazo de instrucción, antes de la audiencia preliminar o incluso después de esta. Y en el caso de la emisión del dictamen correspondiente, este también puede hacerse fuera del referido plazo, sin que ello implique una "prórroga" del plazo de instrucción, como señaló el Juez A Quo.

En orden a lo anterior, esta Cámara estima que la resolución impugnada no se encuentra dictada conforme a Derecho, por lo que <u>debe revocarse y ordenar al Juzgado Segundo de Instrucción de Soyapango, se practiquen las diligencias y pericia que fueron solicitadas por la parte fiscal</u>."

NECESARIO RESPETO AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AL REALIZARLOS

"d) Es necesario también hacer mención del hecho que la extracción de fluidos en la víctima y su hija recién nacida debe hacerse respetando el principio de proporcionalidad en lo que concierne a la forma de extracción, minimizando cualquier afectación a la dignidad e integridad física de ambas, debiendo realizarse sin que haya una grave incidencia en sus personas.

De ahí que la toma de muestra de fluido mediante hisopado bucal resulta factible (**siempre y cuando los facultativos así lo indiquen**), dado que de esa forma se perfilaría una intervención corporal que no implica una afección esencial al núcleo de la dignidad de la víctima y su hija, mucho menos causa traumas físicos, como sí lo sería por ejemplo tomar muestras de sangre, que implica el uso de jeringas."

JUECES Y PARTE FISCAL DEBEN EJERCER UN ROL MÁS ACTIVO EN LO CONCERNIENTE A LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS

"e) Asimismo, como se indicó antes, anteriormente se frustró la diligencia de extracción de fluidos por falta de comparecencia de la representante legal de la madre de la víctima, quien no podía acompañar a su hija por "motivos laborales".

Ante esa circunstancia, se advierte que ***tanto el juez de la causa como la parte fiscal adoptaron un rol bastante pasivo en lo que concierne a salvaguardar los derechos de la víctima***, no obstante lo dispuesto en el art. 13 LEPINA, respecto a que corresponde al Estado – entre otros- garantizar los "derechos de las niñas, niños y adolescentes".

Si bien es cierto que en el escrito de recurso, la parte fiscal señala que en su momento planteó al juzgador se requiriese un procurador de familia, sobre la base de lo dispuesto en el art. 106 numeral 10 letra h, pr. pn., se advierte que en este caso no se perfilan los dos primeros supuestos de esa disposición, que son que el menor de edad "carezca" de representante legal (porque sí tiene, es su madre) o que en su caso, su representante legal tenga "interés incompatible con el del menor"; y en lo que respecta al tercer supuesto de dicha norma, es decir: "cuando sea solicitado por la víctima con discernimiento", perfectamente podía el juez interpretar dicha norma en consonancia con lo dispuesto en el art. 12 LEPINA que indica:

"*En la interpretación, aplicación e integración de toda norma; en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas, es de obligatorio cumplimiento el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías.*

Se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.

(…)

Para ponderar el principio del interés superior en situaciones concretas, deben ser considerados de forma concurrente los elementos siguientes:

b) ***La opinión de la niña, niño o adolescente****; (…)*

La consideración de este principio es obligatoria para toda autoridad judicial, administrativa o particular".

En la misma sintonía, el art. 127 letra b) de la misma ley, refiere:

"*La niña, niño o adolescente sujeto a la medida debe ser oído y su consentimiento será necesario cuando tenga doce o más años de edad, siempre que no adolezca de alguna discapacidad que le impida discernir, en todo caso se decidirá en base al interés superior de la niña, niño y adolescente*".

En el presente caso, se relaciona que la menor víctima es mayor de dieciséis años de edad, por lo que **perfectamente el juez pudo escuchar su opinión respecto al tema relativo a su representación legal y con esos insumos, resolver conforme a Derecho**.

Pero no obstante ello, hay muchas disposiciones – tanto de rango constitucional como legal- que permiten que un juzgador requerir de la asistencia de un procurador de familia para que este represente los intereses legales del menor. Así, el art. 194 romano II numeral 1, de la Constitución de la República refiere que corresponde al Procurador General de la República: "*1º Velar por la defensa de la familia y de las personas e intereses de los menores y demás incapaces*".

Dicha disposición se reitera en el art. 12 de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Republica, siendo que conforme al art. 25 de la misma ley, los procuradores auxiliares representan al Procurador General en las distintas actuaciones judiciales, prescribiendo el art. 27 de dicha ley, la existencia de la Unidad de Defensa de la Familia, Niñez y Adolescencia, la cual "*tendrá como principios rectores aquellos que informan el Derecho de Familia: La unidad de la familia, la igualdad de derechos de las personas y los hijos, la protección integral de la niñez y demás incapaces, de los adultos mayores, del padre o la madre cuando uno de ellos fuere el único responsable del hogar*".

De ahí que ante una eventualidad como la ocurrida en el presente caso, donde la menor víctima no tenía representación legal para intervenir en una diligencia probatoria en la cual ella y su hija recién nacida iban a aportar fluidos para una posterior prueba de ADN, el juez pudo acudir a la aplicación directa de la Constitución de la República y las normas relacionadas para dotar de un representante a la víctima durante esa diligencia y con ello, ***evitando con ello causar más perjuicio a la víctima, dado que ante la no realización de la diligencia y prolongar su eventual práctica, se somete a la adolescentes a estrés y revictimización***, transgrediéndose con ello lo dispuesto en el art. 35 Cn., respecto a que "*El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores (…)*", como también el art. 52 párrafo 2 LEPINA, en cuanto a que: "*Las autoridades administrativas y judiciales deberán evitar las actuaciones que provoquen mayores perjuicios a las niñas, niños y adolescentes, incrementando su victimización*".

En cualquier caso, si la falta de representante legal de la víctima en las diligencias obedece a motivos laborales, ***tanto la parte fiscal como el Juez del caso pueden hacer uso de las facultades coercitivas que les otorga la ley en los arts. 77 y 141 pr. pn.*** a efecto de requerir y ordenar al patrono de la madre de la víctima, le conceda a esta los permisos y licencias necesarias para que acuda a las diligencias judiciales representando legalmente a su hija, so pena de incurrir en algún tipo de responsabilidad penal en caso de impedirlos.

De ahí que se recomienda tanto el Juez de la causa como a la parte fiscal tomar en consideración lo anterior y de esa forma ejercer un rol más activo en lo que concierne a la protección y defensa de los derechos de los menores que han sido víctimas de delitos."

NECESARIO DAR EL TRÁMITE LEGAL A LOS RECURSOS DE APELACIÓN QUE SE INTERPONGAN Y EVITAR HACER EMPLAZAMIENTOS INNECESARIOS, CUANDO LA LEY NO PREVÉ LOS MISMOS, PARA NO GENERAR DILACIONES

"III) **Trámite del recurso en primera instancia**.

En el presente caso, la resolución impugnada se emitió a las doce horas del jueves veintidós de marzo de este año. El escrito de recurso se presentó el cuatro de abril de este año (vacaciones de semana santa fueron del sábado veinticuatro de marzo al lunes dos de abril, ambas fechas inclusive y de este año).

El art. 177 párrafo 2 pr. pn. señala que interpuesto el recurso, el escrito y las copias pertinentes "***serán remitidos sin demora a la Cámara competente***". El término "**sin demora**" determina que se hará de inmediato o en el menor plazo posible, ello debido a la naturaleza de lo apelado (la denegatoria de un anticipo de prueba o acto urgente de investigación), por lo que el legislador previó una tramitación sumaria, para así permitir la celeridad del pronunciamiento de segunda instancia.

No obstante ese mandato legal aplicable a este tipo de impugnaciones, el juzgador optó – mediante auto de las catorce horas del cinco de abril de este año - por ordenar el emplazamiento a la defensa técnica para que esta contestase el recurso interpuesto, aplicando el trámite ordinario de las apelaciones contra autos (art. 466 pr. pn.), con lo cual se dilató innecesariamente el trámite de la apelación.

Y para agraviar más la dilación, habiéndose vencido los referidos cinco días en fecha doce de abril de este año (auto de emplazamiento fue notificado a la defensa técnica el cinco de ese mismo mes y año), se ordenó la remisión de las actuaciones a esta Cámara hasta el día dieciséis de abril de este año, pero materialmente se llevó a cabo ello hasta el día dieciocho de ese mismo mes y año, fecha en que se recibió el expediente en esta sede. Es decir, desde la fecha de presentación del recurso hasta ese día, casi transcurrió un mes calendario en puro trámite que no está previsto en la ley.

De ahí que se previene al Juez interino [...], como a cualquier otro juez que funja como propietario o interino en el Juzgado Segundo de Instrucción de Soyapango, a verificar que se dé el correcto trámite legal a los recursos de apelación que se interpongan contra resoluciones emitidas en dicha sede judicial, evitando hacer emplazamientos innecesarios cuando la ley no prevé los mismos, como ha ocurrido en el presente caso, generando con ello dilación innecesaria en el correcto trámite legal del proceso."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 149-2018, fecha de la resolución: 23/04/2018

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

LOS DISPOSITIVOS DE ESCUCHAS DEBEN SER IMPLEMENTADOS BAJO EL MARCO LEGAL, PARA QUE SEAN ADMISIBLES COMO PRUEBA DE CARGO

"En ese sentido, advierte esta Cámara que el punto central del argumento planteado por la representación de la defensa del imputado […], radica en que según este no fue identificado por la víctima clave […], ya que se practicaron reconocimientos por fotografía en los cuales no se contó con la presencia de la víctima, tal como ocurrió en la diligencia programada […].

Al hacer un estudio del expediente judicial y de la diligencia señalada por la defensa, la cual se encuentra agregada al proceso […] sí estuvo presente en dicha diligencia, realizando el reconocimiento por fotografías, el cual dio como resultado positivo en el imputado […], , por lo que el argumento planteado por la defensa carece de todo fundamento jurídico, y siendo que es el único punto atacado, a consideración de esta Cámara la sentencia condenatoria se encuentra dictada a pegada a derecho, no existiendo en la misma la vulneración a derechos alegada por el recurrente. […].

En ese orden de ideas, en cuanto al primer motivo, referido a la INOBSERVANCIA O ERRONEA APLICACIÓN DE UN PRECEPTO LEGAL, DEBIDO A LA ILEGALIDAD DE LA PRUEBA, ASÍ COMO TAMBIEN POR INOBSERVANCIA DE LA SANA CRÍTICA CON RESPECTO A MEDIOS O ELEMENTOS PROBATORIOS DE VALOR DECISIVOS, al analizar la sentencia apelada advertimos que la defensa argumentó la ilegalidad de la prueba obtenida a través de la escuchas telefónicas realizadas al teléfono […], número que según sus argumentos es el involucrado en los delitos que nos atañen, y que el número que se autorizó para ser intervenido es el […], siendo este el número relacionado en las investigaciones de manera directa al procesado […], señalando dicha situación como anómala.

Al respecto esta Cámara hace la aclaración que el teléfono relacionado desde el inicio de las diligencias es el […], y no como lo consigna la defensa en su recurso […]. Es así que este tribunal de alzada no observa la anomalía señalada por la defensa, ya que en el expediente judicial aparece la solicitud fiscal de autorización de intervención telefónica del número […], que en un principio únicamente fue relacionada a un sujeto del sexo masculino, en virtud de haber realizado llamada al número […], portado por una persona hasta ese momento identificada como […], y el cual estaba siendo intervenido, ampliándose las escuchas telefónicas al número telefónico del procesado mediante resolución dictada el día […], por el Juzgado Primero de Instrucción de San Salvador; que fue con posterioridad que se identificó a este sujeto con el nombre de […], prorrogándose el término de la escucha telefónica antes mencionada por medio de auto del día […] como el poseedor de este número telefónico relacionado a los hechos delictivos que se investigaron, por lo que habiéndose seguido el procedimiento establecido en la […], esta Cámara no encuentra la existencia de la vulneración señalada.

En cuanto a la relación del imputado con los números telefónicos […], la experiencia y la lógica nos indican que en este tipo de delitos, los sujetos activos

no utilizan líneas telefónicas a sus nombres, sino que por lo general están a nombre de otros sujetos, en el presente caso de las intervenciones telefónicas, se obtuvo que el sujeto que portaba y hacia llamadas de estos números telefónicos responde al nombre de […], y ya que en dispositivos policiales este sujeto fue intervenido e identificado con el nombre de […] con documento único de identidad […], por lo que en las investigaciones al haberse realizado las respectivas intervenciones telefónicas y encontrarse a un sujeto que se identificó con el nombre de […] en las llamada, la lógica nos indica que se trata del mismo sujeto; por otra parte advierte esta Cámara que el número […] fue intervenido por orden judicial […], y que en cuya llamada el incoado […], prorrogándose el plazo de la intervención por medio de orden judicial dictada el día […], por lo que este argumento carece de relevancia jurídica para desvincular al procesado de los hechos delictivos que se le atribuyen.

En lo que se refiere a que no se han realizado análisis de voz, este resulta no ser necesario, ya que al haber sido identificado en persona en diligencias de identificación y ser él mismo quien proporcionó la información de portar el número telefónico […], se encuentra debidamente vinculado que el poseedor de dicha línea telefónico es el incoado procesado, haciendo innecesario el informe de la compañía de telefonía por lo que hemos señalado supra.

Como segundo motivo, la defensa planteó, errónea valoración en cuanto a cuestiones de hechos conocidos en el presente caso, así como el vicio de la sentencia regulado en el art. 400 numeral 5 Pr. Pn., “cuando no se han observado las reglas de la sana crítica”. En cuanto que no se ha identificado que el vehículo al que se hizo referencia en las respectivas intervenciones telefónicas a las que se hace relación en el caso N°1, esta vinculación se obtiene, tal y como lo dice el señor juez de la causa de las diligencias de escuchas telefónicas, donde se puede observar de manera clara la planificación que tenían los procesados, para llevar a cabo el robo de un vehículo […]; si bien es cierto en principio no tenía un blanco específico, sí tenían las características del vehículo que había sido encargado, por lo que de dichas escuchas se logra obtener que intentaron realizar el robo del vehículo en varias ocasiones, siendo que en este tipo de delitos lo que se sanciona es la proposición y la conspiración, entendidas estas como la planificación para la comisión de un delito; en el presente caso, la Representación Fiscal y el Juez establecieron como víctima a la identificada con clave […], sin embargo del análisis de los medios de prueba sometidos a consideración, se obtiene de las escuchas telefónicas, que los imputados tenía un encargo, […], y que los incoados planearon la comisión del robo de un vehículo de esas características, y que hicieron el esfuerzo por realizar dicho robo, al punto que la policía presenció cuando le daban vigilancia al vehículo propiedad de la víctima […], pero de la misma manera conspiraron para el robo de otros vehículos, por lo que en este caso en concreto, perfectamente pudo acusarse a los indiciados, sin contarse con una víctima en concreto o específica, ya que todos los sujetos que no pudieron ser localizados o que no se percataron que estuvieron a punto de ser víctimas de robo, por estos sujetos que se dedican al robo de vehículos, tal es el caso que la víctima señalada en este delito, el conductor clave […], manifestó no haberse dado cuenta de nada, pero si se cuenta con prueba suficiente de la proposición y la conspiración para realizar el delito de robo, este mismo

argumento es el aplicable para el caso del delito de Proposición y Conspiración en el delito de Robo Agravado en perjuicio de clave […].

En cuanto al delito de Robo Agravado en perjuicio de […], la defensa argumenta que su representado es víctima del delito de Privación de Libertad, sin embargo se logró establecer con los medios de prueba, como las intervenciones telefónicas, que la función del imputado, fue la de trasladar a otros dos sujetos hasta […], a fin de cometer el robo y que debido a que el vehículo en el que se conducía quedó atrapado en el lodo, no se dio a la fuga, de lo contrario lo hubiese hecho.

Lo anterior quedó confirmado con las intervenciones telefónicas, en las cuales se corrobora la comunicación existente entre los imputados el día de los hechos, con las cuales se logró establecer, mediante la comunicación que existió entre el sujeto […] y el sujeto identificado como el […], en el cual se confirma que el imputado […] participó en el robo, y que posteriormente miembros de la pandilla dieciocho lo habían capturado, lo cual es cierto tal como lo dijo el imputado, sin embargo, obvio mencionar su participación en el delito de robo que se le atribuye, y tratando de burlar a las autoridades dijo que se encontraba en esa zona de visita, lo cual quedó demostrado que es así, por lo que queda demostrado que el argumento que el imputado fue víctima es totalmente carente de fundamento jurídico.

En cuanto al delito de Robo Agravado en perjuicio de clave […], manifiesta la defensa que no se pudo comprobar que el día de los hechos fuese su representado quien condujese el vehículo robado, y que no fue reconocido por la víctima de este hecho. Al respecto debemos decir, que con los medios de prueba como son la respectiva denuncia y sobre todo las escuchas telefónicas, se logró determinar que el imputado participó en el robo en perjuicio de clave […], ya que al hacer un análisis de dichos medios de prueba, se establece que se trata de un mismo hecho delictivo, en el cual participó el imputado […], ya que a este un sujeto del área de […], el imputado junto a otros dos sujetos, de los cuales uno de ellos solicitó la realización de un viaje en un vehículo que conducía clave […], que en el trayecto el sujeto que se transportaba con la víctima, realizó una serie de llamadas al imputado […], a fin de coordinar el robo del vehículo, ya en un lugar desolado, proceden a privar de libertad a clave […], bajándolo del vehículo y pasándolo a otro mientras que otro sujeto se llevó el vehículo […] con rumbo a oriente para realizar la entrega; todo esto se logró establecer a través de una investigación por medio de las intervenciones telefónicas, con las cuales se logró ubicar al imputado […] como coautor de los delitos que se le atribuyen, cabe decir que resulta lógico que clave […] no haya reconocido al imputado […], puesto que del cuadro factico se desprende que nunca lo vio, sin embargo dicho reconocimiento en el caso en concreto, no es necesario para individualizar al procesado, ya que al estar intervenido su teléfono y haber participado en otros delitos, demuestra que el ente policial tenia identificada a la persona que se investigaba, por lo que un reconocimiento no era necesario; debemos recordar que la utilidad de este tipo de diligencias radica en identificar e individualizar a un sujeto, a fin de evitar errores al momento de procesar a una persona determinada. En el presente caso el imputado estaba plenamente identificado por los que dichos argumentos no tienen fundamento jurídico.

Argumenta además violaciones a principios como legalidad de la prueba, el debido proceso y el principio de defensa, en virtud que según su línea argumentativa no se contó con ningún medio probatorio de cargo que determinara con grado de certeza la responsabilidad de su patrocinado en los hechos que se le atribuye, lo cual bajo la lógica argumentativa de su recurso resulta coherente, puesto que establece la ilegalidad de las escuchas telefónicas, que la base de los argumentos del señor juez; sin embargo como ya se dijo supra, se logró establecer que los dispositivos de escuchas telefónicas, fueron implementados bajo el marco legal establecido, y por lo tanto son admisibles como pruebas de cargos y con las cuales se logra establecer la participación del indiciado en los hechos que se le atribuyen.

Como tercer motivo, planteó Ilegalidad de la prueba, en cuanto al delito de proposición y conspiración en el delito de Robo Agravado en perjuicio de clave […], refiriéndose específicamente a las escuchas telefónicas.

Sobre este punto, la defensa hace énfasis en que el número telefónico […], no ha sido posible atribuirle la pertenecía a su defendido, sin embargo previamente en este mismo documento, se hizo alusión que en una intervención telefónica, fue el mismo procesado quien proporcionó este número como su número de contacto, al igual que en una de las intervenciones policiales, cuando se le preguntó cuál era su número telefónico este proporcionó este número, asimismo, previamente se hizo mención de cuando fue autorizado por autoridad competente la intervención de dicha línea telefónica, por lo que este argumento no tiene sustento jurídico.

Cuarto motivo errónea valoración de la prueba en cuanto al delito de del caso de encubrimiento de estafa en perjuicio de la administración de justicia, manifestando que "…según intervenciones más de nueve días después de la comisión del delito para que […] se enterara de la existencia de la excavadora… mi cliente no sabía los orígenes de la obtención de dicha máquina…"(Sic).

Sobre este motivo, los medios de prueba son claros mediante la intervención telefónica, se logró determinar que el imputado […], se dedicaba al robo y hurto de vehículos y otros objetos, así como en la colaboración para ocultar bienes muebles; en ese sentido de la escucha telefónica correspondiente a este hecho, se logra determinar que el indiciado, participó en el ocultamiento de la motoniveladora y que tenía conocimiento de la procedencia ilícita de la misma, ya que de una llamada que realizó el imputado, a un sujeto desconocido en la que manifestaba que la víctima a quien le quitaron la motoniveladora era una persona "ignorante"(sic), de lo que se colige el conocimiento que tiene el imputado sobre la procedencia ilícita del objeto.

En ese orden de ideas, el señor juez Aquo, condenó a los procesados, contándose con certeza positiva de la participación de los mismos en los delitos que se les atribuyen, no advirtiéndose vulneración de ninguna garantía constitucional en el fallo de la sentencia en detrimento de los procesados, puesto que la vinculación o funciones de los mismos, que se obtienen de los medios probatorios con que se cuenta son claras al relacionarlos como coautores de los mismos, por lo que en el respectivo fallo se procederá a CONFIRMAR la sentencia definitiva condenatoria dictada contra los imputados […].

El presente proceso es resuelto hasta esta fecha debido a que los casos de crimen organizado se han incrementado en el territorio nacional, y se han vuelto hechos cotidianos, que en este Tribunal se experimenta una sobreabundancia en el ingreso de expedientes que cuentan con una multiplicidad de imputados e imputaciones, y diversidad de víctimas, que se han tenido que estudiar para poder emitir una resolución apegada a derecho; y en consecuencia es hasta esta fecha que se ha logrado analizar el actual proceso, por lo cual, el plazo que señala la ley para resolver el presente caso ha sido imposible de cumplir, sin embargo, ese rompimiento del plazo es atribuible a la naturaleza de las causas antes indicadas, no siendo entonces una dilación indebida."

Cámara Especializada de lo Penal, número de referencia: 595-596-APE-17, fecha de la resolución: 03/07/2018

PROCEDE SU APLICACIÓN ÚNICAMENTE RESPECTO A UNA DELIMITADA LISTA DE TIPOS DELICTIVOS

"CONSIDERANDO Nº 1

Del contenido de la sentencia Absolutoria dictada por el señor Juez del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador y el Recurso de Apelación interpuesto por parte de la Representación Fiscal, previo al análisis de cada uno de los puntos apelados, es menester señalar que de conformidad al Art. 475 Pr. Pn. se establecen las facultades resolutivas del Tribunal de Segunda Instancia, indicándose que la apelación atribuye al tribunal dentro de los límites de la pretensión, la facultad de examinar la resolución recurrida tanto en lo relativo a la valoración de prueba como de la aplicación del derecho, lo cual debe apreciarse en concordancia a la finalidad de la apelación contra la sentencia que regula el actuar del Código Procesal Penal, que es el control de los aspectos de derecho y de valoraciones de la prueba cuando incidan directamente en la fundamentación de la sentencia, este objetivo va en correlación al derecho a una revisión integral de la Sentencia que se encuentran contempladas en la normativa internacional, como lo son El Art. 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, revisión que implica el examen de los aspectos de hecho y derecho en la sentencia, es decir el análisis de la producción y valoración de la prueba, y la aplicación o interpretación de las normas adjetivas o sustantiva, respectivamente.

CONSIDERANDO Nº 2

Previo a resolver de manera objetiva e imparcial a este Tribunal de Alzada se le hace necesario mencionar sobre el ofrecimiento de prueba que hace la Licenciada […], en su recurso de apelación, consistente en la reproducción del audio de la grabación de la audiencia de la vista pública correspondiente; ante ello esta Cámara advierte que la impetrante no expresa de manera específica cuál es su pretensión directa que desea probar, con la referida prueba ofrecida y en vista que el legislador ha previsto en el Articulo 472 del Código Procesal Penal que los ofrecimientos de pruebas se dan cuando hay un defecto del procedimiento, y que lo que se pretenda probar sea de carácter decisivo para el caso en concreto.

En virtud de no haber fundamentado debidamente la impetrante de manera precisa y específica qué pretende probar con la reproducción del audio de la vista pública en comento se declara INAMISIBLE.

CONSIDERANDO Nº 3

De la sentencia objeto de Alzada esta Cámara determinará si ha sido debidamente fundamentada y si las pruebas desfilada en la vista pública han sido mediadas y valoradas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, puesto que el legislador ha impuesto el sistema de libre valoración de la prueba, siempre y cuando se haga en correspondencia con el principio de legalidad de la prueba. Por otra parte la pertinencia de la prueba nos exige que la apreciación de la prueba debe comprender toda actividad probatoria, labor que está sujeta a los principios de la verdad real, inviolabilidad de la defensa y contradicción.

Al examinar la sentencia recurrida y a fin de corroborar el defecto denunciado por parte de la Representación Fiscal, en cuanto alude como motivo de interposición la falta de fundamentación de la sentencia por inobservancia en el fallo las reglas de la sana critica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo" es decir que dicho argumento se relaciona al vicio de sentencia regulado en el artículo 400 Nº 5 que corresponde a la inobservancia del Articulo 179 del Código Procesal Penal. En síntesis la representación fiscal expresa que el juzgador invalidó la prueba documental consistente en los cuarenta y dos audios captados mediante la intervención de escuchas telefónicas que conciernen a los referidos imputados para determinar el delito de Hurto Agravado, a pesar que estos fueron inmediados e incorporados al desfile probatorio como prueba licita, así como también expresa que no fue objeto de valoración la prueba documental y pericial desfilada en el juicio, y que por lo tanto al no haber valorados todos estos elementos de prueba nos conlleva al vicio alegado en Articulo 400 Nº 5 Pr. Pn. los cuales se encuentran debidamente detallados, en esta resolución cuando se describen los motivos de impugnación de la representación fiscal. […].

CONSIDERANDO Nº 5

Con la prueba incorporada al desfile probatorio se ha pretendido por la representación fiscal que el delito de Hurto Agravado, se pueda vincular la participación de los procesados […] a raíz de las intervenciones de escuchas telefónicas interceptada a los móviles de los mismos, los cuales se vean involucrados en una investigación de delitos de Tráfico Ilícito, Actos Preparatorios, Proposición Conspiración, Cohecho y Asociaciones Delictivas, no obstante en dicha intervención se percibe que se comete el delito de Hurto Agravado del vehículo placas […], por el cual han se están enjuiciando en el presente proceso penal a los referidos imputados, siendo que el Juez del Tribunal Tercero de Sentencia dicta Sentencia Absolutoria a favor de los referidos procesados.

Como facultad de esta Cámara de examinar la resolución recurrida tanto en lo relativo a la valoración de prueba como de la aplicación del derecho es menester remitirnos a la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones específicamente en lo señalado en su Artículo 5 de dicho cuerpo legal, en donde el legislador ha previsto de manera delimitada que se pueden intervenir únicamente en la investigación para ciertos delitos.

Dicha disposición legal lo establece de la siguiente manera:

[...] Art. 5.- Únicamente podrá hacerse uso de la facultad de intervención prevista en esta Ley en la investigación y el procesamiento de los siguientes delitos:

Homicidio y su forma agravada,

Privación de libertad, Secuestro y Atentados contra la Libertad Agravados,

Pornografía, Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales en pornografía, y Posesión de pornografía,

Extorsión.

Concusión.

Negociaciones Ilícitas.

Cohecho Propio, Impropio y Activo.

Agrupaciones Ilícitas.

Comercio de Personas, Tráfico Ilegal de Personas, Trata de Personas y su forma agravada,

Organizaciones Internacionales delictivas.

Los delitos previstos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas,

Los Delitos previstos en la Ley Especial contra Actos de Terrorismo,

Los delitos previstos en la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos.

Los delitos Cometidos bajo la modalidad de crimen organizado en los términos establecidos en la ley de la materia.

Los delitos previstos en la presente Ley.

Los delitos conexos con cualquier de los anteriores, a los efectos de este numeral se entiende como conexo aquel delito cometido para perpetrar o facilitar la comisión de otro de los previstos anteriormente o para procurar al culpable o a otros el provecho o la impunidad.

En ningún caso la intervención procederá cuando el delito investigado sea menos grave, salvo en caso de conexidad [...].”

IMPROCEDENTE APLICAR INTERVENCIÓN TELEFÓNICA EN DELITOS NO CONTEMPLADAS EN LA LEY ESPECIAL Y, QUE ADEMÁS ADOLECEN DE CONEXIDAD CON AQUELLOS DELITOS EN PROCESO DE INVESTIGACIÓN

“De lo anteriormente expuesto con mayor claridad se verifica que el delito de Hurto no está establecido dentro de los delitos que regula la ley Especial para la Intervención de Telecomunicaciones, ni se considera conexo con los delitos que se estaban investigando; por los cual se había autorizado intervenciones telefónicas; sin embargo el artículo 22 del mismo cuerpo legal expresa que si durante la intervención pueda surgir otros delitos se le puede dar validez en caso que los delitos sean conexos, así como también puedan surgir el descubrimientos casual de otros delitos.

Dicha disposición legal lo expresa de la siguiente manera: “[...] Si durante la intervención de las telecomunicaciones se descubre la comisión de delitos conexo a los delitos investigados que le dieron origen, la prueba obtenida será valorada de conformidad a las reglas de la sana critica [...]

Debe repararse que la noción de conexidad únicamente existe cuando el delito cometido sea para perpetrar o facilitar alguno de los delitos que se enumeran en la disposición antes transcrita, no cualquier delito desvinculado a los

anteriores implican conexidad, es decir que el delito de Hurto que se les ha atribuido a los indiciados debió ser para perpetuar o facilitar a los delitos objetos de las intervenciones telefónicas, porque sí se trató de un hecho que no es para perpetrar o facilitar esos delitos no existe conexidad y por tanto no se puede valorar esa prueba.

En el Inciso Segundo el referido Artículo 22 de la LEIT expresa [...] Si mediante la intervención de las telecomunicaciones se descubre casualmente la comisión de otros delitos objeto de la presente Ley, se podrá solicitar ampliación de la autorización judicial respecto de los mismos, dentro de las setenta y dos horas siguientes a partir del registro de la telecomunicación; debiendo aplicarse en todo caso lo prescrito en el Código Procesal Penal en cuanto a la legalidad de la prueba [...] lo subrayado es de Cámara/.- Este Tribunal resalto la idea que la ampliación solo procede para los delitos objetos de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones y no para otros delitos.

Inciso Tercero- [...] De ser procedente, el juez dictará resolución motivada sobre la procedencia de la ampliación de la medida y valorará la acumulación de los expedientes de intervención o su tramitación separada, en todo caso ante su misma autoridad [...]

Inciso Cuarto- [...]No tendrán validez como prueba la información obtenida respecto de delitos excluidos totalmente de la aplicación de la presente Ley y que no sean conexos, la cual únicamente servirá como noticia criminal [...].-

CONSIDERANDO Nº 6

Cabe indicar que al revisar las pruebas desfiladas en juicio y al verificar el expediente el proceso penal se constató que tal como consta a […], fiscalía General de la República solicito al juzgado Quinto de Instrucción de esta ciudad intervención de las telecomunicaciones de la imputada […] y otros imputados, por los delitos de Tráfico ilícito y Actos Preparatorios, Proposición Conspiración y Asociaciones Delictivas y Facilitación de Medios. […].

CONSIDERANDO Nº 7

Consta en el proceso que en ninguna de estas intervenciones telefónicas y en sus ampliaciones antes aludidas se pudo visualizar que los imputados […], hayan solicitado intervención telefónica o ampliación referente al cometimiento del delito de Hurto Agravado, sin embargo al remitirnos a las intervenciones del periodo de fecha […], se tiene conocimiento que el […], en la cual se constata información sobre el Hurto de un vehículo que se encontraba estacionado en el centro comercial, de Metrocentro de Santa Ana y que posteriormente fue abandonado en los alrededores del parque central del municipio de Nejapa, debido a que dicho automotor tenía […], dichos teléfonos intervenidos aparentemente relacionan que los referidos imputados tuvieron la participación del ilícito penal acontecido.

No obstante es necesario mencionar que en dichas intervenciones no se logró establecer que el delito de Hurto por el que se está procesando a los referidos imputados haya tenido conexión directa para poder perpetuar los ilícitos objetos de la intervención, es decir que el Hurto de dicho vehículo con placas Numero […] haya sido utilizado para cometer uno de los delitos de los cuales se estaban investigando a los procesados como son Tráfico Ilícito, Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración Asociaciones Delictivas, Cohecho y otros; de los

cuales habían pedido el ente fiscal autorización de las intervenciones telefónicas al juzgado Quinto de Instrucción, así como también en las respectivas ampliaciones se solicita la intervención únicamente para investigar los diversos delitos antes mencionados, no así el delito de Hurto, puesto que este no lo pudieron establecer como un delito conexo a los investigados y por otra no está estipulado taxativamente en la ley Especial Para la Intervención de la Telecomunicaciones."

SUPUESTOS DE CONEXIDAD EN EL PROCESO PENAL ESTABLECIDOS POR LA DOCTRINA

"CONSIDERANDO Nº 8

Se hace necesario volver a mencionar lo referente a lo que es un "Delito Conexo", según la Real Academia Española Conexión- viene del latin connexus, part, pas de connectere "unir" 1. Adj. Dicho de una cosa: que esta enlazada o relacionada con otra. 2. Adj. Der. dicho de varios delitos: que por su relación deber ser objeto de un mismo proceso.

La Doctrina señala tres supuestos de conexidad en el proceso penal, 1) Conexidad Subjetiva los cuales son Los cometidos por dos o más personas reunidas y los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto plan para ello, 2) Conexidad Objetiva los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución, los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos y los delitos de favorecimiento real y personal y de blanqueo de capitales respecto a los delitos antecedente y 3) Conexidad Mixta esta incluye como razón de conexidad que justificaría su enjuiciamiento conjunto, acogiendo la posición jurisprudencial previa sobre el particular, para los distintos delitos de lesiones o daños que recíprocamente hayan podido ocasionarse diversas personas."

INTERFERENCIA E INTERVENCIÓN TEMPORAL DE CUALQUIER TIPO DE TELECOMUNICACIONES PODRÁ AUTORIZARSE JUDICIALMENTE DE FORMA ESCRITA Y DEBIDAMENTE MOTIVADA

"En consecuencia de lo antes expuesto esta Cámara considera que al no tener el delito de Hurto Agravado por el cual se está procesando a los imputados […], ningún tipo de conexidad o relación directa con los delitos que se estaban investigando mediante la intervención de los móviles de los referidos imputados; no es posible colegir que dicha información donde consta esas escuchas correspondiente a los cuarenta y dos audios que se relacionan al referido delito de Hurto Agravado, los cuales fueron inmediatos y controvertidos en el juicio; pese que en la sentencia objeto de alzada fueron transcritos únicamente veintiséis audios; sean admitidas y valoradas como prueba para acreditar la participación delincuencial de los referidos imputados; por considerar que esa prueba no es válida para la decisión del fallo, siendo que el sentenciador argumento las razones de hecho y derecho, haciendo una valoración motivada y racional porque fue desechada de la valoración de la prueba, teniendo únicamente como noticia criminal, tal como lo ha fundamentado debidamente en dicha Sentencia.

CONSIDERANDO Nº 9

Por otra parte esta Cámara es del criterio que la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones, es bien especifica en referirse a ciertos delitos de los cuales pueden ser objeto de intervención telefónica, puesto que no se puede generalizar y hacerse extensiva para todos los delitos, debido que se está atentando derechos fundamentales consagrados en la Constitución, puesto que la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas aparece como una garantía normativa del derecho a la intimidad por cuanto sirve como un instrumento de protección de este, dicha garantía se encuentra regulada específicamente el Artículo 24 de nuestra Constitución la cual expresa:

[...] La correspondencia de toda clase es inviolable, interceptada no hará fe ni podrá figurar en ninguna actuación, salvo en los casos de concurso y quiebra.

Se prohíbe la interferencia y la intervención de las telecomunicaciones. De manera excepcional podrá autorizarse judicialmente, de forma escrita y motivada, la intervención temporal de cualquier tipo de telecomunicaciones, preservándose en todo caso el secreto de lo privado que no guarde relación con el proceso. La información proveniente de una intervención ilegal carecerá de valor.

La violación comprobada a lo dispuesto en este artículo, por parte de cualquier funcionario, será causa justa para la destitución inmediata de su cargo y dará lugar a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Una ley especial determinará los delitos en cuya investigación podrá concederse esta autorización. Asimismo señalará los controles, los informes periódicos a la Asamblea Legislativa, y las responsabilidades y sanciones administrativas, civiles y penales en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta medida excepcional. La aprobación y reforma de esta ley especial requerirá el voto favorable de por lo menos las dos terceras partes de los diputados electos. [...]

En el caso sub- judice no era la finalidad investigar dicho delito de Hurto, si no que este surgió, como un hallazgo inevitable, el cual fue descubierto al ser investigados otros delitos por el cual el ente fiscal había pedido autorización para ser intervenidos, al Juzgado Quinto de Instrucción de esta ciudad y al ser inmediados en la Vista Publica, dicha prueba no fue objeto de valoración para acreditar la participación de los imputados por no acreditarse que el HURTO AGRAVADO tenga conexidad para la perpetuación de uno de los delitos por el cual habían sido intervenidos los móviles de estas personas, por lo tanto dicha prueba no es válida para ser valorada en el juicio y ser elemento decisivo para emitir un fallo condenatorio. Por lo anterior la omisión de incorporar parte de las escuchas en la respectiva sentencia objeto de alzada por el señor Juez Tercero de Sentencia no afecta la decisión de absolver a los imputados.”

CONSTANCIA DE INFORMACIÓN DE ESCUCHAS EN DISCO COMPACTO Y AGREGADO AL PROCESO COMO PRUEBA DOCUMENTAL, CARECE DE VALOR PROBATORIO COMO PARA ACREDITAR LA PARTICIPACIÓN DELINCUENCIAL DEL PROCESADO EN EL DELITO DE HURTO

“CONSIDERANDO Nº 10

El sistema de valoración de la prueba nos establece en el Articulo 175 inciso segundo del código Procesal Penal “No tendrán valor los elementos de prueba

obtenidos en virtud de una información originaria en un procedimiento o medio ilícito contrario sensu, los elementos de prueba solo podrán valorarse si han sido obtenidos y producidos por un medio licito e incorporados al procedimiento con base a lo regulado en la normativa procesal penal, antes referida.

Una de las características para ofrecer, admitir y rechazar la prueba es que debe cumplir con el principio de legalidad que establece el art. 175 CPP para que sea válida su posterior valoración como prueba, ya que puede tratarse de una prueba ilícita, o bien, puede ser una prueba prohibida si, a pesar que se haya respetado el principio de legalidad, se trate de prueba prohibida porque se obtuvo violando derechos fundamentales.

En ese sentido, la Sala de lo Constitucional, coincidente a la legislación, ha referido en su jurisprudencia que la sanción procesal que corresponde en estos casos es la exclusión de la valoración judicial de este tipo de prueba, distinguiendo lo que se entiende por prueba ilícita y por prueba prohibida, por lo que según Resolución en el proceso de Hábeas Corpus 312-2012 de fecha 10 de enero de 2014 establece "…La prueba prohibida, ha sido definida por esta sala en su jurisprudencia, como aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales; de ello se advierte, que esta constituye un límite al poder punitivo del Estado, y adquiere un doble carácter negativo: por un lado, su prohibición constitucional; y, por el otro, su ineficacia procesal; la primera, en atención a que la investigación y penalización de un delito no puede hacerse mediante una violación a normas constitucionales, sino que debe ser en total respeto de los derechos y garantías fundamentales; pues solo así se evitará que estos se tornen letra muerta en la Constitución; y, la segunda, referida a la no producción de efectos jurídicos por haberse obtenido –la prueba– en contravención a lo establecido en la Constitución; y es que si bien existe dentro del proceso penal el principio de libertad probatoria –según el cual dentro de este, todo se puede probar y por cualquier medio– el mismo no autoriza a los agentes del Estado a proceder a la recolección de prueba en transgresión a derechos fundamentales o garantías constitucionales.

De lo anterior se puede afirmar, que dos son las consecuencias de la prueba prohibida; la primera es la conocida regla de exclusión, según la cual, no puede introducirse en el proceso un hecho descubierto o una declaración realizada vulnerando los derechos constitucionales; y la segunda es el efecto reflejo de la prueba prohibida, que establece que los elementos de prueba que se hayan obtenido legalmente, pero que se derivan o producen de una prueba obtenida en violación a derechos fundamentales o garantías constitucionales, estarán contaminados con la violación originaria, por lo que tal prueba "formal y legalmente válida" será viciada en su origen y por tanto prohibida su utilización y valoración". (Resoluciones de HC 312-2012 de fecha 10/1/2014; y HC 144-2008 de fecha 6/7/2011).

En consecuencia al remitirnos al Artículo 5 de la LEIT, ya mencionado Supra, la cual priva sobre la ley general, el cual nos da los lineamientos de los delitos que cuya investigación son sujetos de poder intervenir la comunicación de las personas involucradas en los mismos, aclarando que el delito de HURTO no está contemplados dentro de los delitos que puede ser facultados para ser interveni-

dos, ni tampoco el delito de Hurto ha tenido conexidad con los delitos investigados mediante las intervenciones antes descritas.

Por lo tanto dicha información donde consta esas escuchas y que están agregadas al proceso como prueba documental y en soporte de CD, carece de valor probatorio, para poder acreditar la participación delincuencial de los referidos imputados, puesto que esa información solo puede ser utilizada como una noticia criminal del cual debe de seguirse una investigación independiente y robustecida con otros elementos de prueba pertinentes exclusivamente que concierne al delito de Hurto.

CONSIDERANDO Nº 11

Cabe advertir que la Representación Fiscal expresa que el juez de la causa no valoro las demás pruebas documentales periciales y testimoniales desfiladas en la Vista Pública, sin embargo consta en la sentencia de mérito, […] que fue objeto de valoración el testimonio de los señores […] quien refirió que [...].

CONSIDERANDO Nº 12

Al analizar la deposición de los testigos esta Cámara advierte que en sus declaraciones han manifestado de forma concordante que laboran para la Policía Nacional Civil y que dicho vehículo […] estaba asignado a dicha institución, por un depósito judicial específicamente al jefe de la División Central de Investigaciones, […] quien era un oficial de investigaciones y que tuvieron conocimiento que el referido vehículo fue hurtado del parqueo del Centro Comercial Metrocentro Santa Ana el día […].

Por consiguiente al concatenar la deposición de los referidos testigo han establecido de forma unánime sobre la existencia del vehículo […] del cual tuvieron conocimiento que fue hurtado en el parqueo de Metrocentro Santa Ana el día […] y posteriormente fue encontrado abandonado en el parque central del municipio de Nejapa; por lo que se advierte que en ningún momento han establecido dichos testigos que ellos presenciaron los hechos directamente del ilícito, ni tampoco han podido individualizar quien cometió ese delito, es decir no hacen una vinculación directa sobre la participación delincuencial a los referidos imputados […].

Aunado a ello se advierte que no fue introducido al juico prueba pericial que nos establezca el resultado de esas evidencias de huelas dactilares que refieren los testigos que fueron recolectadas al momento de la localización del referido vehículo, así como también lo menciona en la prueba documental correspondiente en el Acta y álbum fotográfico de la inspección técnica ocular antes referida; por lo tanto no se puede determinar a quién correspondía esas huellas dactilares o quien era la persona que conducía el vehículo al momento que se cometió el delito de Hurto, por lo que no se puede individualizar quien participó en el hecho delictivo.”

PROCEDE CONFIRMAR ABSOLUCIÓN CUANDO EL JUZGADOR HA VALORADO INTEGRALMENTE EL MATERIAL PROBATORIO, CONFORME A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

“CONSIDERANDO Nº 13

En Consecuencia de lo antes expuesto esta Cámara es del criterio que con la prueba desfilada en el juicio al hacer la valoración en su conjunto y de

manera integral se logra establecer LA EXISTENCIA DEL DELITO DE HURTO AGRAVADO, puesto que se logra determinar que el día […] el oficial de la policía señor […], el cual lo dejo estacionado y se dirige a ser compras al Súper Selectos y al regresar ya no encontró el referido vehículo y posteriormente dicho automotor fue encontrado abandonado por agentes policiales a eso de las veintiuna horas del mismo día […], el cual fue encontrado sin presentar ningún daño ni alteración.

No obstante de haberse establecido la existencia del ilícito penal del delito de Hurto, no es posible colegir que con dichos elementos probatorios se haya logrado determinar la participación delincuencial de los imputados […], puesto que el álbum de captación de imágenes presentado como prueba documental no es claro en su definición para poder visualizar la persona que se llevó el referido vehículo, ni los testigos manifestaron quien fue la persona que se llevó el vehículo del Centro Comercial Metrocentro Santa Ana, aunado a ello no fue incorporada al juicio la prueba pericial consistente en las huellas dactilares de la persona que conducía ese automotor el día del hecho delictivo.

En razón de lo antes expuesto, advierte esta Cámara en cuanto a la valoración integral de las pruebas hecha por el juzgador que desfilaron en la vista pública, para emitir el fallo absolutorio a favor de los imputados […], es de señalar que tal decisión judicial ha sido motivada y fundamentada con argumentos legales y de acuerdo a la reglas de la sana critica usando debidamente la lógica, la psicología y la experiencia común, así como también ha sido determinante, explicativo y concluyente en la motivación de la sentencia en cuanto ha dejado claramente enunciado las razones y causas por que no le dio valor probatorio a las escuchas del día […], que a criterio de esta Cámara su fundamentación fue motivada conforme a derecho.

Ante ello es preciso indicar que el principio de VALORACION RAZONABLE DE LA PRUEBA, obedece a la necesidad de que la prueba que sirva de fundamento a un fallo sea valorada atendiendo a las reglas de la sana crítica usando la Lógica que es aquella que estudia el pensamiento, la Lógica Jurídica, conduce a incorporar tanto las inferencias deductivas (sobre todo a la hora de la calificación jurídica), como las inferencias inductivas (sobre todo a la hora de establecer el marco factico y el análisis probatorio de las decisiones judiciales); Psicologías considerada como la ciencia empírica del pensamiento, en donde el juez tiene el deber de aplicarlas en la valoración de las pruebas; Experiencia Común es aquella que se puede extraer reglas o principios de aplicación general a partir de experiencias prácticas cotidianas.(Fernando De la Rúa, paginas 67, 89, 91)

Por lo anteriormente señalado esta Cámara concluye que el Juez de Sentencia no ha violentado las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo, pues a criterio de esta Cámara, las argumentaciones sobre las que se construye el fallo son razonables y derivan válidamente del análisis lógicos de la pruebas introducidas al debate, las cuales fueron valoradas conforme a las reglas de la sana critica, como se ha mencionado en los párrafos anteriores, por ende no se advierte la existencia del vicio de la sentencia alegados por la representación fiscal.

Por todo lo antes expuesto, este Tribunal considera que habiéndose analizados los motivos de impugnación admitidos y su capacidad de provocar una posible modificación en la sentencia absolutoria impugnada, habrá que rechazarse la pretensión del recurrente y confirmar, en el fallo de la sentencia definitiva absolutoria en todas sus partes."
Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-308-17, fecha de la resolución: 16/01/2018

JUICIO POR JURADO

CARACTERÍSTICAS

"Inicialmente, resulta pertinente mencionar que el juicio por jurados tiene un claro fundamento democrático, en cuya virtud el pueblo puede intervenir directamente en la administración de justicia penal. Además, lo sustenta como uno de sus fundamentos, la idea de que el imputado sea juzgado por sus pares. En nuestro ordenamiento se caracteriza porque los ciudadanos deciden mediante un veredicto sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, respecto de unos hechos que le han sido delimitados por los jueces técnicos, a quienes también compete subsumir los hechos que el jurado tuvo por probados, en el Derecho aplicable y determinar la pena. El jurado tiene libertad para valorar la prueba conforme a su conciencia e íntima convicción y no le está exigido legalmente que exteriorice las razones en que basa el veredicto; sin embargo, el hecho que el tribunal del jurado no tenga que expresar las razones de su convicción, no significa que el veredicto no esté sometido a regulaciones para garantizar su objetividad, imparcialidad y racionalidad, puesto que el juez habrá delimitado con sus instrucciones previas la fijación del objeto sobre el cual deberá pronunciarse, según las pruebas producidas, lo cual imprime sin duda racionalidad al pronunciamiento popular en comento."
Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, número de referencia: 28-2017, fecha de la resolución: 02/05/2018

LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

CARACTERÍSTICAS CONSTITUTIVAS RESPECTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

"La motivación de los fallos judiciales es un deber de los jueces y un derecho fundamental de los ciudadanos, como posición jurídica concreta derivada del debido proceso. Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso.

En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. La incidencia de los derechos fundamentales en todas las áreas del

derecho y la obligación de los jueces y operadores jurídicos de aplicar las reglas legales sólo en la medida en que sean conformes con la Carta Política (carácter normativo de la Constitución) exigen del juez un ejercicio interpretativo calificado que dé cuenta del ajuste entre su interpretación y los mandatos superiores, y que le permita, mediante el despliegue de una argumentación que tome en cuenta todos los factores relevantes, administrar el pluralismo de los principios constitucionales.

Desde el punto de vista de la determinación de los hechos, la íntima convicción del juez como medio para la fijación de la hipótesis fáctica, o la posibilidad de que el legislador defina previamente el valor de cada prueba, se ha visto desplazada de forma casi absoluta, en los actuales estados constitucionales, por la sana crítica y la valoración basada en la persuasión crítica y racional del juez, lo que supone similares exigencias argumentativas a las ya expuestas sobre la interpretación de las normas.

Dado que el juez debe pronunciarse sobre hechos del pasado, a los que no puede acceder directamente, su tarea consiste en exponer cómo, mediante el uso de reglas de la experiencia, puede inferir la existencia de hechos pasados a partir de determinados hechos presentes recaudados mediante las vías legales de decreto y práctica de pruebas.

La motivación, por todo lo expuesto, es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho genérico al debido proceso. Esto se explica porque sólo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y porque sólo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa.

2. Medidas cautelares

Las medidas cautelares encuentran su razón de ser en la necesidad de prevenir las contingencias que puedan sobrevenir sobre las personas o los bienes, de manera tal que se asegure la ejecución del fallo correspondiente, en otras palabras, su finalidad es garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido, impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual compelido.

Así las características de las relacionadas medidas, las cuales se deducen de su definición y naturaleza:

Son actos procesales, toda vez que con ellas se busca asegurar el cumplimiento de las decisiones del juez.

Son actuaciones de carácter judicial.

Son instrumentales.

Son provisionales.

Son taxativas, es decir, se encuentran consagradas en la ley.

Igualmente, las medidas cautelares guardan relación directa con el derecho de acceso a la administración de justicia, puesto que esta garantía fundamental, en cierta medida, asegura que las decisiones de los jueces sean ejecutadas y cumplidas. No obstante, su decreto y ejecución debe ser conciliado con el respeto de los derechos fundamentales de las personas.”

CONSIDERACIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL CONGELAMIENTO DE BIENES, CUENTAS QUE CONTRIBUYEN PARA EL LAVADO DE ACTIVOS

"3. Congelamiento.

El preámbulo de la Convención de Viena de 1988, afirma lo siguiente:

"Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles […] Decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad" […].

El lavado de activos opera con la finalidad de darle apariencia legítima a bienes cuyo origen es delictivo, siendo el ámbito internacional y la celeridad con que funciona el sistema económico el vehículo idóneo que facilita la proliferación de dicho delito.

Por ello, todos los instrumentos normativos internacionales – el Convenio de Estrasburgo de 1990 en sus arts. 11 y 12 y el proyecto de Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada de julio de 2000 en los arts. 7, 7 bis y 7 ter - consagran de forma detallada mecanismos cuyo propósito es cumplir con uno de los objetivos de política criminal en el tema como lo constituye el privar a los delincuentes del uso y disfrute de los bienes obtenidos productos de su ilícita actividad.

De lo anterior en detalle, la Convención de Viena de 1988, en su capítulo de definiciones denomina indistintamente a la "incautación" como "embargo preventivo", refiriendo que esta medida implica "la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporal de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o por una autoridad competente".

Respecto de acciones encaminadas a privar de bienes ilícitos a las personas investigadas por delitos relacionados al blanqueo de capitales, el Consejo Europeo de Ámsterdam – continuando con el proyecto del Consejo Europeo de Dublín – adopto en 1997, el Plan de Acción para Luchar Contra la Delincuencia Organizada, el cual en su recomendación No. 11: "pone de relieve la importancia de que todo Estado miembro cuente con una normativa bien desarrollada y de amplio alcance en el ámbito de la confiscación de los beneficios derivados del delito y del blanqueo de dichos beneficios. Se solicita al Consejo y a la Comisión que elaboren propuestas destinadas a seguir fortaleciendo dicha normativa, teniendo en cuenta que es importante: introducir procedimientos especiales para seguir la pista, inmovilizar y confiscar los beneficios derivados de delitos […]".

La Convención Interamericana contra el Terrorismo de 2002, en su art. 5, recomienda tomar medidas adecuadas para la identificación, congelamiento, embargo y decomiso de los fondos u otros bienes que constituyan la financiación del terrorismo.

Con carácter regional – y sobre la base del cual se justifica la implementación de la actual LECLADA - tenemos el Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los delitos de Lavado de Dinero y de Activos, Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos (1997), claramente

inspirado en la convención de Viena de 1988, y que pretende armonizar las legislaciones de los países centroamericanos con la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y con el Modelo de Legislación sobre el Blanqueo de Dinero y el Decomiso en materia de Drogas del PNUFID de 1995.

El art. 2 del recién citado convenio obliga a las partes a tipificar penalmente el delito de lavado de activos; respecto de las medidas a implementar para la prevención de la legitimación de capitales ilícitos, al igual que la Convención de Viena, este se refiere indistintamente a la incautación y al embargo preventivo como medidas cautelares.

Además, las cuarenta recomendaciones (reformadas en 1996 y 2003) del Grupo de Acción Financiera sobre lavado de activos - GAFI – ha agregado cerca de una veintena de notas interpretativas que ayudan a desentrañar el contenido de las referidas recomendaciones, encontrándose entre dichas notas una definición de congelamiento e incautación, que dicen:

"Por congelamiento se entenderá el mecanismo que evita la transferencia, la conversión, la disposición o el movimiento de fondos u otros activos en virtud y durante el período de vigencia de una acción iniciada por una autoridad competente o un tribunal de conformidad con un mecanismo de congelamiento. Los fondos u otros activos congelados continúan siendo propiedad de la o las personas o entidades que tenían derechos sobre ellos al momento del congelamiento, y podrán seguir siendo administrados por la institución financiera o mediante otros acuerdos designados por las personas o entidades mencionadas antes del inicio de una acción de conformidad con el mecanismo de congelamiento".

"Incautación: Es la prohibición de la transferencia, la conversión, la disposición o el movimiento de fondos u otros activos en virtud de una acción iniciada por una autoridad competente o un tribunal de conformidad con un mecanismo de congelamiento. Los fondos o los otros activos incautados continúan siendo propiedad de la o las personas o entidades que tenían derechos sobre ellos al momento de la incautación, si bien la autoridad competente o el tribunal por lo general tomará posesión de los fondos o los otros activos incautados o se encargará de su administración o gestión".

Finalmente, la Sala de lo Constitucional se ha referido al congelamiento en los siguientes términos: "En ese sentido, la citada medida cautelar [congelamiento] constituye un mecanismo de coerción procesal real que limita la facultad de disposición de los fondos monetarios de curso legal que se encuentran depositados en una o varias instituciones bancarias, con la finalidad de evitar su pérdida como elemento probatorio antes de la finalización del proceso penal, en virtud de existir elementos suficientes para considerar que están relacionados con la comisión de delitos […]" (Sentencia de Amparo 178-2010, de las diez horas con treinta y un minutos del dieciséis de noviembre de dos mil doce)."

CONGELAMIENTO DE BIENES ES UNA MEDIDA CUATELAR DE CARÁCTER TEMPORAL Y EXCEPCIONAL, CONFORME AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

"i. De lo dicho, podemos asegurar que el congelamiento es una medida cautelar, que no son más que aquellas actuaciones jurisdiccionales, restrictivas de

ciertos derechos de los presuntos responsables de los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento, que persiguen asegurar la más correcta celebración del juicio y la eficacia de la condenación que definitivamente recaiga, las cuales pueden ser personales o reales.

Las medidas cautelares reales son aquellas que recaen sobre el patrimonio del investigado para garantizar la reparación de los daños y perjuicios provocados por el hecho punible.

En ese sentido, el congelamiento constituye una medida cautelar que se adopta en el curso de las investigaciones, con el objeto de evitar la pérdida, deterioro o distracción de los bienes que pueden ser susceptibles de ser decomisados (no únicamente con fines probatorios), por haber sido utilizado, o ser el producto de una infracción penal.

Respecto de los parámetros para su implementación, en el Amparo 178-2010, ya citado, la Sala de lo Constitucional dijo: "En ese contexto, las medidas cautelares sirven al juzgador para que –luego de verificar los presupuestos para su adopción– asegure su función de hacer ejecutar lo juzgado, ya que la principal finalidad de aquellas es la de prevenir y garantizar el resultado del proceso mediante la eficacia de la decisión judicial.

[…] De ahí que las medidas cautelares posean las siguientes características: i)instrumentalidad, pues se encuentran vinculadas al fin principal en virtud del cual se desarrolla el proceso: asegurar el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse; ii) provisionalidad, ya que su función concluye en cuanto se ha alcanzado el fin a favor de la cual fueron adoptadas o la situación fáctica que las sustenta ha dejado de existir; iii) sumariedad o celeridad, en el sentido de que no requieren de mayor trámite y sus términos procesales son cortos, ello en vista de que no existe una certeza, sino una probabilidad sobre la existencia del derecho en discusión dentro de la causa principal y están diseñadas para asegurar que el desarrollo de esta discusión tenga una solución que sea eficaz; y iv) flexibilidad, por cuanto no son decisiones pétreas sino modificables o sustituibles por otra que convenga más a la finalidad perseguida o suprimibles en caso de desaparecer las circunstancias que dieron lugar a que se tomara.

[…] En conclusión, las medidas cautelares son instrumentos procesales cuya finalidad es asegurar que el trámite del proceso se desarrolle de manera normal y concluya en una sentencia que, en caso de ser estimatoria, posea la eficacia necesaria, pero no deben constituir decisiones anticipadas sobre la causa principal discutida" (itálicas del original).

Se debe agregar a lo anterior que, en el marco de las diligencias iníciales de investigación, entendidos estos como actos de naturaleza administrativa realizados por el Ministerio Fiscal, con la colaboración de la policía, cuyo objeto es confirmar la noticia criminal y, en su caso, obtener los elementos que le permitan justificar las solicitudes a efectuar en el requerimiento, es así que, en dicho escenario las medidas cautelares – pre procesales como el congelamiento – son justificables a partir de la acreditación del peligro en la demora y la existencia de elementos de convicción suficientes que la justifiquen.

Igualmente, al ser de carácter temporal y excepcional, dicha medida debe cumplir con el principio de proporcionalidad, en el sentido que: i) debe ser idónea o adecuada en orden a la finalidad del proceso penal: el aseguramiento de los

fondos exclusivamente relacionados con el delito para su posterior utilización dentro de la etapa del juicio; ii) tiene que ser necesaria, en relación con otras medidas procesales que implicarían mayor sacrificio de derechos; y iii) ha de ser proporcional, con relación al derecho afectado, lo cual exige un juicio de comparación entre el derecho que resulta vulnerado y la utilidad que comporta la medida.

Así, la no implementación de un mecanismo cautelar como el ya referido podría conducir en los procesos de lavado de activos a que bienes susceptibles de ser decomisados a favor del Estado sean transferidos en el comercio jurídico a terceros de buena fe, no responsables del delito, imposibilitándose en consecuencia la posibilidad de que el órgano jurisdiccional disponga posteriormente su comiso a favor del Estado."

PROCEDE ANULAR LA MEDIDA CAUTELAR DE INMOVILIZACIÓN DE PRODUCTOS FINANCIEROS, CUANDO EL JUZGADOR HA OMITIDO REALIZAR UNA JUSTIFICACIÓN OBJETIVA CONFORME AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

"ii. La juez de instancia, en la resolución venida en apelación, ha considerado:

De folios […], relacionó las peticiones de las partes, haciendo un detalle de la documentación en que cada una cimenta sus peticiones, luego de realizar algunas consideraciones generales sobre la medida cautelar solicitada por el ente fiscal, enunció las investigaciones realizadas […] realizando enseguida la valoración concreta de la misma, dando respuesta a las peticiones de las partes (ministerio fiscal y defensa técnica) […].

Así, la juzgadora, realizó un detalle de cada una de las diligencias investigativas realizadas hasta la fecha, así como la referencia de lo que ellas establecen

Luego, […], se puede observar como la juez A quo expresó las razones jurídicas por las cuales cada uno de estos elementos se concatenan entre sí, llegando a concluir del análisis de los hechos y de las cuestiones jurídicas, que se establece la sospecha de realización delito de Lavado de Dinero y de Activos, siendo posible suponer la participación de […].

Finalizado lo anterior, la juez de paz procedió a justificar el mantenimiento de la medida […] sobre el particular la juez de instancia reseñó – nuevamente – las investigaciones realizadas por el ente fiscal, como éstas últimas determinan la sospecha fundada de existencia del delito y participación de los investigados, por ultimo agregó:

"[C]on relación a la provisionalidad de la medida, se entiende que el objeto material del delito de Lavado de dinero y de activos, está constituido por el capital procedente de una actividad delictiva, el que tendrá que legitimarse suprimiendo su origen fraudulento, así como también que se presenta una nueva estructura en el régimen de la acción penal democrático y esta son: la efectividad en la persecución del delito y la eficacia del sistema en la protección y respeto a las garantías fundamentales de la persona humana; siendo que en el presente caso nos encontramos ante una investigación compleja que amerita un tiempo razonable de acuerdo al hecho investigado para lograr los fines propuestos ya que según el ente investigador no se encuentra agotada la investigación princi-

pal, razón por la cual no habiéndose concluido con la investigación y teniendo la sospecha de que se han realizado comportamientos que se adecuan al delito de lavado de dinero y activos, al acceder al cese de la medida cautelar tendríamos como consecuencia que los productos financieros congelados puedan desaparecer del lugar donde actualmente se encuentran, por medio de su retiro o transferencia por cualquier medio u operación de carácter financiera o de cualquier otra forma, y de ahí que no existe hoy por hoy vulneración a la característica de provisionalidad, ni del derecho patrimonial restringido […]"

Como se expresó, el carácter excepcional de la medida incide en la temporalidad de la misma, no obstante sobre el particular la juez de paz se limitó a realizar generales afirmaciones sobre la efectividad de la investigación fiscal – no agotamiento de la fase investigativa y realización de diligencias indagatorias – sin embargo, la juez A quo, no explicó de manera concreta como la corporación fiscal ha continuado con las averiguaciones en el caso sub iudice, asimismo, ha obviado indicar como, el mantenimiento de la medida restrictiva de productos financieros, resulta efectiva para evitar una distorsión del sistema económico y derivadamente impedir lesiones al bien jurídico protegido por el tipo penal de Lavado de Dinero y de Activos.

En cambio, con la documentación incorporada al proceso se ha comprobado que la agencia fiscal, que a partir de la inmovilización de cuentas bancarias a nombre de los investigados, ha realizado algunas actividades investigativas, sin embargo, dicha búsqueda no ha establecido – más allá de la sospecha - el origen de los fondos depositados en las referidas cuentas bancarias y los elementos necesarios para comprobar su hipótesis inicial, por lo cual es necesario que se compruebe que la investigación iniciada ha dado resultados coherentes con el mantenimiento de la medida impuesta, lo cual en razón de la evidente motivación aparente realizada por la juez de paz resulta imposible a esta Cámara realizar una ponderación de la misma.

Así, para legitimar la intervención penal, el principio de proporcionalidad exige que las previsiones legales encuentren relación directa en las condiciones materiales que justifican la imposición de sus consecuencias jurídicas.

En el sentido anterior, el principio de proporcionalidad exige que las consecuencias de la previsión penal sean correlativas a la entidad de la mismas, es decir, que exista una concordancia material entre delito y consecuencia jurídico-penal, de ello, en el sub examine, la juez debió corroborar que la inmovilización de cuentas tenga una relación directa con la ejecución actual de la investigación que, en caso de levantamiento de la medida cautelar patrimonial, podría verse frustrada, asunto sobre el cual la juzgadora soslayo pronunciarse de manera concreta.

Y es que, la inmovilización de cuentas, como se adujo con anterioridad, impide a una persona tener la libre disposición de los fondos depositados en determinadas instituciones financieras del país y, como tal, en este caso, previo a su mantenimiento la juez décimo cuarto de paz de San Salvador, debió realizar el análisis completo de los presupuestos para su adopción, obviando en el sub examine pronunciarse sobre la proporcionalidad.

En relación a lo anterior, como parte del deber de motivación, la juez A quo se encontraba obligada a realizar una ponderación de esa colisión - principio pro

libertatis y necesidad de mantener la cautelar patrimonial – analizando si la medida y su tiempo de duración es adecuada, necesaria y razonable para obtener la finalidad perseguida.

En consecuencia, se concluye que la juez décimo cuarto de paz de San Salvador, omitió fundamentar su decisión en relación a la proporcionalidad de la medida cautelar patrimonial, en ese sentido la queja de motivación incompleta es de acogida.

iii. De todo lo anterior se extrae que la fundamentación realizada por la juez de primera instancia para mantener la medida cautelar de índole civil es incompleta, en razón que se ha omitido realizar una justificación objetiva sobre la proporcionalidad de mantenerla, de manera que no hay parámetro adecuado para controlar la decisión por medio del sistema recursivo, ya que se desconoce el razonamiento de la juez de instancia.

Una vez que se ha establecido la premisa de la pretensión, debe determinarse la consecuencia que la acompaña. El art. 144 CPP, impone una sanción explícita: la nulidad. Debe entenderse que esta nulidad es un defecto absoluto o insubsanable y por ende se rige por las reglas de los arts. 345, 346 No. 7 y 347 CPP.

La primera de estas normas da la pauta para determinar los requisitos que deben cumplirse para declarar la nulidad de un acto procesal:

"Ningún trámite ni acto de procedimiento será declarado nulo, si la nulidad no está expresamente determinada por la ley; y aún en este caso no se declarará la nulidad si apareciere que el defecto que la motivó no ha producido ni puede producir perjuicio o agravio al derecho o defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se ha establecido.

La nulidad de un acto cuando sea declarada, invalidará sólo los actos posteriores que dependan de él, siempre que la invalidez sea indispensable para reparar el agravio de la parte que lo alega. Al declararla, el juez o el tribunal determinarán, además, a cuales actos anteriores o contemporáneos alcanzan la nulidad por conexión con el acto anulado. Bajo pretexto de reponer los actos anulados, no podrá retrotraerse el proceso a fases precluidas, salvo cuando ello resulte inevitable.

Declarada la nulidad deberá procederse a la reposición del acto siempre que sea posible, renovándolo, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido.

La declaratoria de nulidad no afectará la detención provisional, salvo que la nulidad afecte la fundamentación de la misma."

La norma exige entonces:

(i) Que el defecto del que adolece el acto tenga taxativamente establecida la nulidad como sanción. Lo cual ha sido verificado.

(ii) Que produzca un agravio de entidad a la parte que la aduce: el agravio es evidente, pues una incorrecta aplicación de una medida, en un caso de extrema urgencia, podría resultar en una incursión ilegitima en los derechos fundamentales de los investigados.

(iii) La imposibilidad de subsanar de otro modo el acto: no existe otra manera de controlar la decisión judicial si no es mediante su reposición por una que se encuentre mejor desarrollada.

Dado el efecto trascendental de algunas decisiones en el proceso, es que se establece el sistema de recursos contra las mismas, en el cual será posible examinar si la conclusión dela juez deriva racionalmente de la información obtenida de las investigaciones. Tal análisis es imposible realizarlo ya que no existe un razonamiento completo; en ese sentido, es procedente anular lo resuelto por la juez A quo.

En fin, dado que se anula la resolución […], se ordena su reposición inmediatamente, sin embargo, […] (autoridad judicial que emitió la decisión anulada), ha sido nombrada Jueza Propietaria Especializada de Sentencia para una Vida Libre de Violencia y Discriminación para las Mujeres de Santa Ana, investidura judicial de la cual tomó posesión el uno de enero de dos mil dieciocho, por lo cual la reposición por la misma juez resulta imposible.

Por lo dicho en el caso en examen, le corresponde reponer lo anulado al actual juez décimo cuarto de paz de San Salvador, debiendo dicho juzgador en el menor plazo posible señalar fecha y hora para llevar a cabo una audiencia especial en la cual deberá pronunciarse, de acuerdo a su criterio, sobre el mantenimiento de la medida cautelar patrimonial.

Por otra parte, dado que se anula toda la resolución y se ordena su reposición inmediatamente, constituiría un inútil dispendio de la actividad jurisdiccional analizar el resto de motivos de agravio."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 19-2018, fecha de la resolución: 14/03/2018

NOCIONES DEL DOLO APLICADAS AL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

"d. A continuación se elucidará el planteamiento hecho por los Abogados […] respecto a los señalamientos por errónea interpretación judicial del art. 4 LCLDA con incidencia en el art. 329 No. 1° Pr. Pn. Para ello, se estructurará el razonamiento resolutivo en similares términos a lo dispuesto en el literal antecedente, iniciando lo motivado por el Juez respecto a la acreditación del ilícito en comento; y posteriormente contrastándolo con los agravios en concreto. El A Quo, en el romano IV literal b. –con sus respectivos numerales- ha reproducido literalmente el contenido del art. 4 LCLDA y posteriormente ha expresado:

"En el los sucesos se advierten diferentes acciones de funcionarios y empleados público destinadas a la apropiación en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, de cuya administración, y custodia estuvieron encargado en virtud de sus funciones o empleos.

Igualmente se realizaron depósitos, retiros, transferencias fondos, que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas (del delito antecedente de Peculado), para ocultar o encubrir su origen ilícito.

Y finalmente, hubo acciones disvaliosas de personas que de forma voluntaria y con conocimiento, intervinieron como otorgantes en contratos simulados, de enajenación, o inversión por medio de la cual se encubrió el origen, ubicación, destino de las ganancias, provenientes de hechos delictivos referidos en el artículo 4 de la ley contra el lavado de dinero y de activos, inclusive, en un caso, obteniéndose un beneficio económico del delito.

Ergo, estimo que las diferentes acciones que componen los sucesos reconstruidos conceptualmente, se adecuan a la tipicidad objetiva y subjetiva de los tipos penales supra citados y en ese sentido, compartiré su calificación jurídica. Esto así se resolverá".

Si bien se reconoce que la explicación judicial es exigua en su contenido, los recurrentes se han encontrado en la capacidad de extraer dos quejas concretas: el licenciado […] plantea que al no concurrir los elementos conocimiento y voluntad respecto del delito previo, no es posible acreditar el dolo en […]; mientras que la licenciada […] propone que la absolución de la imputada Pignato en juicio civil por enriquecimiento ilícito es un indicativo que no existió el delito previo al lavado de dinero y activos exigido por ley.

Respecto del primer punto de agravio, necesariamente deben retomarse algunas nociones del dolo aplicadas al delito de Lavado de Dinero y Activos para verificar si se ha errado en el establecimiento con probabilidad positiva del tipo. Este tema ha sido iniciado por el mismo recurrente al relacionar en su argumentación la necesidad de conexión entre los bienes legitimados con un delito previo y la necesidad […] de probar que éstos proceden del delito en mención.

Como primer punto debe aclararse que la discusión sometida a controversia no es un aspecto que haya logrado un consenso pacífico en los debates doctrinarios, se discute tanto si se trata es un elemento objetivo del tipo, un requisito de procedibilidad, un acto posterior copenado, etc; además de incluir en el debate la prueba idónea para acreditar tal cuestión y si una sentencia condenatoria firme por el delito previo es la única forma de comprobarlo.

La resolución de esta cuestión ha sido propuesta por múltiples autores por medio de la correcta comprensión de las implicaciones que irradia el carácter autónomo del delito de Lavado de Dinero y Activos. Esta característica surge del hecho que entre el delito fuente y el de lavado de dinero y activos existen palmarias diferencias: el bien jurídico protegido, el cual será diverso en los casos de los delitos previos dependiendo de su naturaleza -la salud pública, la Hacienda Pública, delitos contra la humanidad, etc.- mientras que en el lavado de dinero será el orden socioeconómico, debido a que inequívocamente las acciones de colocación, ensombrecimiento y disfrute de los bienes maculados importarán una distorsión significativa a la estructura comercial y económica de un país, cuya dinámica se caracteriza por exigir un tráfico de los bienes por medio de operaciones reales lícitas [véase: Martínez-Buján Pérez. Derecho Penal Económico. Editorial Tirant lo Blanch. Quinta edición, año 2015, pág. 449 y ss].

Otra precisión muy importante que deriva de éste carácter es que la acreditación del delito previo no sirve como una cuestión prejudicial homogénea de carácter devolutivo, y es posible comprobarlo mediante prueba directa o indirecta, siendo esta última modalidad la más usual. Se ha admitido por la doctrina mayoritaria la posibilidad de utilizar indicios que permitan asumir que los activos no tienen procedencia lícita tales como "el incremento injustificado del patrimonio, la realización de operaciones sospechosas o inusuales por los montos o frecuencias, la existencia de negocios aparentes, la presencia de testaferros (…) investigaciones anteriores por delitos generadores de ganancias, contactos personales con los sospechosos de realizar estos delitos,

coincidencia del incremento patrimonial con el tiempo que duró el contacto con los sospechosos" [GARCÍA CAVERO, Percy. "El Delito de Lavado de Activos". Segunda Edición Actualizada. Editorial BdeF. Buenos Aires, Argentina. Año 2016. Pág. 113].

Esta cuestión nos lleva a un segundo punto que abona a la resolución de lo discutido por el recurrente: naturaleza del dolo propio del delito de lavado de dinero. De acuerdo con lo antes expresado en lo relativo a la forma de acreditar el delito antecedente -posible a través de prueba por indicios- es posible determinar que no en todos los casos se podrá contar con las probanzas que ilustren sobre la existencia de un dolo directo; los parámetros antes mencionados en realidad sirven como indicativos de un probable conocimiento de la procedencia de los bienes y la voluntad de legitimarlos para su disfrute.

Doctrinariamente se ha admitido la posibilidad de acreditar la comisión del delito de Lavado de Dinero y Activos a través del dolo en su versión clásica, tal y como lo ilustra el precitado autor en las siguientes palabras: "Es evidente que no se requiere de un conocimiento específico sobre las particularidades el delito previo, ni sobre su exacta calificación jurídico-penal, bastando un nivel de conocimiento que permita deducir que los activos provienen de un hecho delictivo. Si ese conocimiento solamente debe ser genérico o debe identificarse la naturaleza del delito es un tema debatido. Al admitir la regulación actual del delito de lavado de activos la posibilidad de su realización en relación con cualquier delito que genere ganancias ilegales [aspecto contemplado en el art. 6 LCLDA], el conocimiento del autor no requiere un nivel de precisión sobre la clase de delito que genera las ganancias que son objeto de lavado (…).

El dolo del autor no sólo puede presentarse como dolo directo, sino que puede ser también eventual. Por consiguiente, el conocimiento sobre el delito previo del que provienen los activos no tiene que ser siempre cierto, sino que bastará con que se tenga dicha procedencia como probable" [op. cit. Pág. 118 y siguientes].

La acepción de dolo utilizada por el autor ha encontrado una recepción unánime en la doctrina, y se distingue del denominado dolo directo -tanto en su primero y segundo grado- en que por una parte, el sujeto no persigue o pretende directamente realizar el hecho típico, y por la otra, sabe que no es seguro, sino sólo posible, una eventualidad, que con su conducta realice el hecho típico [LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Derecho Penal, Parte General". Tercera Edición. Editorial BdeF, Buenos Aires, Argentina. Año 2016. Pág. 397]. Así, ante la presencia de determinados indicios, en la mente del sujeto activo sucede una proyección respecto a la razonable posibilidad de incurrir en un delito; y planteándose la eventualidad, consiente en ella, la acepta.

Como se ha visto, el apelante ha propuesto una visión clásica del dolo, como manifestación directa e inequívoca del conocimiento de la ilicitud de la conducta exteriorizada y la voluntad de provocar un resultado o estado de cosas normativamente disvalioso. Sin embargo, la doctrina autorizada al interpretar el delito de Lavado De Dinero y Activos desde sus características propias -postura que además esta Cámara suscribe- considera la posibilidad de imputación a través de la figura del dolo eventual."

INDICIOS QUE PERMITEN ADMITIR LA CONCURRENCIA RAZONABLE DEL DOLO EVENTUAL

"En el caso del imputado […], de acuerdo con la tesis fiscal y lo acreditado por el Juez A Quo, se puede apreciar la concurrencia de tres indicios que pueden servir para admitir la posibilidad razonable de dolo eventual: el contacto permanente con personas investigadas por la comisión del delito de Peculado, el incremento patrimonial coincidente con el período durante el cual duró el contacto con estas personas; y la desproporción existente entre lo que se ha acreditado él percibió como salario y demás rentas con los montos por él manejados de acuerdo al sistema financiero.

Estos indicios permiten, a través de un juicio de razonabilidad, representarse con un grado aceptable de certeza que el imputado ha tenido la posibilidad de proyectarse el origen de los fondos que ha ostentado y, por su disfrute, aceptar la incursión en el ilícito de Lavado de Dinero y Activos. Por tal razón, se desestima la pretensión impugnativa planteada por el apelante […].

Tales consideraciones pueden ser utilizadas también para abordar el agravio planteado por la licenciada […], en el que se sostiene que la absolución emitida por la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro por enriquecimiento ilícito incide en la tipicidad del delito de Lavado de Dinero y Activos por no existir el delito previo exigido por ley. Previo al inicio del análisis se hace constar que la disposición que servirá de parámetro para su desarrollo es el art.4 LCLDA, pues es el ilícito por el cual se ha requerido en contra de la señora Pignato; aclaración necesaria debido a que en el libelo se encuentran diversas citas aludiendo a la imputación basándose en los art. 4 lit. "b" y 5 lit. "b" LCLDA.

Retomando lo ya desarrollado en la presente respecto a la utilidad acreditativa de las sentencias proveídas en los juicios de enriquecimiento ilícito –romano III, numeral (ii) literal "b" de la presente- éstos únicamente reflejan un manejo de recursos con relevancia administrativa, ya que se refieren preponderantemente a una dinámica patrimonial de incremento sin justificación aparente; pero no trascienden a una calidad de relevancia penal debido a que el enjuiciamiento por enriquecimiento ilícito no comparte los parámetros penales para determinación de existencia de un delito.

En otras palabras, lo que se ha juzgado en el proceso de enriquecimiento ilícito se centra exclusivamente en el incremento patrimonial injustificado en el que un funcionario incurre durante el período en que fungiere; pero obvia aspectos esenciales en el ámbito penal por los que no puede estimarse, suprime sin sombra de duda la existencia del delito previo, primordialmente en lo relativo al carácter autónomo ya explicado del ilícito incriminado y el dolo proyectado a través de las actuaciones que la misma defensa señala se atribuyen a su patrocinada y que el Juez ha tenido por acreditadas: un aumento patrimonial en doscientos sesenta mil dólares -a través de depósitos en cuentas y vehículos adquiridos- durante su empleo como funcionaria pública ad honorem [pág. 71 de la resolución impugnada].

Por lo tanto, se ha constatado que el elemento probatorio aportado por la defensa -y desestimado por el A Quo- carece de la entidad para desvirtuar la existencia del delito previo como elemento normativo del delito de Lavado de

Dinero y Activos; por lo que se desestima la existencia del agravio planteado en éste motivo."

CORRECTA APLICACIÓN DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL POR PARTE DEL JUEZ, AL ADVERTIR ELEMENTOS SUFICIENTES DE GRAVEDAD Y SUFICIENCIA RESPECTO A LA EXISTENCIA DEL TIPO PENAL

"e. Como último punto de este segundo apartado, se verificará la supuesta inobservancia por parte del Juez al art. 220 Pr. Pn. en la valoración de la entrevista de […] y su incidencia en la configuración del art. 7 lit. "d" LCLDA para basar la detención provisional, según el art. 329 No. 1° Pr. Pn.

Como primer paso, para determinar el carácter referencial de lo narrado por el declarante, debe conocerse en qué forma se refirió a los hechos incriminados. A folios 31 de la resolución con vista del requerimiento se encuentra la entrevista del testigo […], quien respecto del ilícito endilgado a […] menciona: […].

De la aprehensión del razonamiento judicial antecedente puede afirmarse que la convicción del juez respecto del delito atribuido a la imputada Cañas Rivera no se finca en el dicho del señor […], el cual ni tan siquiera aparece tangencialmente mencionado, sino en la existencia de un mutuo presuntamente simulado entre ella y el señor […], y en los movimientos financieros de la procesada y de la Sociedad […].

Consecuencia de ello, resulta intrascendente si lo dicho por el señor […] en su entrevista tiene carácter referencial o no, ya que su dicho no desempeña un papel protagónico en la formación de convicción judicial. Pareciera más bien que este presunto agravio deriva de una errónea aprehensión del apelante respecto de los elementos investigativos que generaron un estado intelectivo en el juzgador, por lo que se desestima este punto de apelación al no existir el yerro denunciado.

(iii) Superado el análisis de los agravios relativos a la apariencia de buen derecho como parámetro para imposición de la detención provisional corresponde ahora verificar los presuntos defectos en la resolución judicial relativos al peligro de fuga, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva. Las quejas que se han admitido se pueden contemplar en cuatro apartados: a. la presuntamente errónea interpretación de los art. 331 párr. segundo Pr. Pn. y 27 LCLDA que condujo a la imposición automática de la detención provisional; b. el análisis sobre la percepción judicial de la gravedad del ilícito basada únicamente en la probable pena a imponer; c. inobservancia al deber judicial de motivación en cuanto a la debilidad de los arraigos presentados por la defensa; e d. inobservancia del art. 330 No. 1° Pr. Pn. al interpretar la no comparecencia de la imputada como peligro real de fuga.

a. El agravio relativo a la presunta aplicación automática de la detención provisional por parte del Juez al interpretar erróneamente los art. 331 párr. segundo Pr. Pn. y 27 LCLDA ha sido planteado por los Abogados defensores […].

Basándose este agravio en una supuesta infracción evidenciable a través del razonamiento judicial, corresponde verificar su contenido para posteriormente determinar si se ha omitido, so pretexto de las citadas disposiciones, emitir una valoración sobre los parámetros de imposición de la detención provisional. A

folios 80 y 83 de la resolución impugnada, se encuentra el basamento de la detención provisional de los imputados […] justificada en los términos que siguen:

"El artículo 331 inciso 2º del CPP, explicita la ponderación legislativa explicita, de que no procederá la aplicación de medidas cautelares alternas ni sustituir la detención provisional, en los delitos (…) contemplados en la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos. Este artículo ha sido inaplicado por inconstitucional por varios jueces, sin embargo, la Sala de lo Constitucional no lo ha declarado inconstitucional hasta este momento en el que se pronuncia esta interlocutoria.

A su vez, el artículo 27 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, norma que los detenidos provisionalmente por el delito de Lavado de Dinero y de Activos no gozaran del beneficio de sustitución por otra medid cautelar.

Tales argumentos legislativos son exclusivamente para los delitos tipificados en la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, y no para el delito de Peculado que aparece excluido –argumento a contrario sentido- de las referidas normas procesales.

Sin embargo, el thelos del principio de jurisdiccionalidad constitucional arriba mencionado, es que sea el juez quien pondere la proporcionalidad de la medida cautelar de la detención provisional, y en ese sentido, el encierro cautelar no debe aplicarse de forma mecánica y automática, aplicando el argumento legislativo del artículo 331 inciso 2º del CPP y 27 de la Ley Contra el lavado de Dinero y Activos, bajo el argumento de que el legislador ya valoró y ponderó. Esto implicaría que los jueces son la bouche qui pronunci la loi (boca que pronuncia la ley) al estilo del filósofo francés Montesquieu en su clásico libro El Espíritu de las Leyes".

Con relación a la imputada […], el razonamiento impugnado se encuentra a folios 92 del auto emitido a las quince horas con cuarenta y cinco minutos del quince de junio de este año, y se expresa en idénticos términos a lo arriba relacionado.

A partir de la lectura de los argumentos expresados por el Juez, puede entenderse que en primer lugar reconoce que en los artículos 331 párr. segundo Pr. Pn. y 27 LCLDA existe una ponderación legislativa expresa; que éstos han sido redargüidos como inconstitucionales por varios jueces pero que la Sala de lo Constitucional, al momento en que se proveyó la decisión, no ha reconocido que los mismos sean inconstitucionales. Asimismo alude al principio de jurisdiccionalidad como la obligación por ley impuesta a él para valorar la medida cautelar solicitada y finaliza recalcando que esa capacidad de valorar la proporcionalidad de la medida a imponer es lo que hace que el juez trascienda de ser mero cumplidor irreflexivo de la ley.

Esta Cámara no encuentra en el razonamiento expuesto una aplicación automática o indeliberada de la medida cautelar de la detención provisional, máxime cuando el Juez ha reconocido de manera implícita la existencia de procesos de inconstitucionalidad ya resueltos respecto al art. 331 párr. segundo Pr. Pn. -v. gr. sentencia proveída el 14-IX-2012 en el proceso de inconstitucionalidad 37-2007Ac.- y que, retomando algunos de los argumentos ahí expuestos como el imperativo de valorar la proporcionalidad de la medida en cada caso, se apega a la interpretación conforme hecha por el Tribunal Constitucional.

Tales elementos resultan suficientes para considerar que no se ha dado una aplicación mecanizada o irreflexiva de la detención provisional, sino que ha habido una ponderación judicial de los hechos incriminados y de su gravedad para basar la medida cautelar impugnada. Por lo tanto, se desestima la existencia del vicio denunciado en este punto de apelación.

b. El segundo agravio admitido relativo a la percepción judicial del peligro objetivo de fuga fue promovido por los defensores de los imputados […], por presuntamente haber basado el juez su percepción de la gravedad de la incriminación en la probable pena a imponer. Verificando el razonamiento judicial sobre este punto se tiene que a folios 81 del auto impugnado, el Juez explica su visión sobre la gravedad de la incriminación en las siguientes palabras:

"En ese juego de palabras, en el presente caso se cumplen todos los requisitos supra citados derivados del principio de legalidad del artículo 329 del CPP, pues como se argumentó fácticamente en el romano III de esta interlocutoria, se han establecido los elementos objetivos y subjetivos de las imputaciones, es decir la existencia de los delitos y la probabilidad positiva deducida con razonabilidad que los imputados son autores o participes de los mismos.

Además, al tenor del artículo 18 del mismo Código Penal, los delitos son graves: el delito de Peculado, previsto en el artículo 325 del Código Penal, tiene una penalidad en abstracto de 12 a 15 años de prisión si el peculado fuere superior a quinientos mil colones. El delito de Lavado de dinero y de activos, previsto en el artículo 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, tiene una penalidad en abstracto de 5 a 15 años de prisión, y multa de 50 a 2500 salarios mínimos vigentes mensuales del sector comercio, industria y servicios. El delito de Casos Especiales del delito de Encubrimiento, previsto en el artículo 7 letra d) de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, tiene una penalidad en abstracto de 4 a 8 años de prisión.

Además, la antijuridicidad material de los delitos es grave, pues hay una lesión fuerte a los bienes jurídicos protegidos, al haberse sustraído dinero del estado y haberlo limpiado o blanqueado, por una cantidad de muchos millones de dólares. La antijuricidad material es mayor a la antijuricidad formal, al haberse provocado la causación de un grave lesión a la Hacienda Pública y Orden Socioeconómico, afectando a las minorías más desventajadas económicamente del país –los pobres-.

En ese sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han considerado la gravedad de la imputación como una fuerte motivación para las personas imputadas de sustraerse de la acción de la justicia, pues a la luz de la experiencia y la psicología, resulta natural que el ser humano se esfuerce por evitar un mal en su contra y si tomamos en cuenta las penas en expectativa a las que podrían ser sometidos, resulta natural pensar en la evasión como una solución, a no ser que el arraigo de la persona imputada sea de una entidad tal que pueda pensarse razonablemente que se someterá voluntariamente al proceso" [subrayado y resaltado del original].

Sobre la construcción del parámetro de gravedad como fundamento objetivo del peligro de fuga esta Cámara ha exhibido su criterio [v. gr. sentencia del 3-III-2017 en el expediente Apel. 64-2017-2] en el sentido que esta no se mide exclusivamente a partir del número de años como pena de prisión que se ha asignado

por ley a un delito específico. En esa sentencia se ha dicho que "(…) [a]unque la pena a imponer sea indicativo de la proporción entre el reproche social a determinadas conductas y el valor del bien jurídico tutelado a través del tipo, existen múltiples factores como la pluralidad de ilícitos, el grado de determinación de la probable existencia del ilícito o la intensidad de lesión al bien jurídico tutelado que hacen trascender el examen de gravedad más allá de una mera constatación de la pena a imponer".

En ese mismo orden de ideas, el pretender que el juicio de gravedad de un ilícito se agota con una simple operación matemática de constatación que el total de la probable pena a imponer rebase los tres años de prisión, es también una suerte de imposición automática de la medida cautelar de prisión provisional. Éste análisis, al ser eminentemente cuantitativo, excluye la posibilidad de ponderar razonadamente la totalidad de elementos que conforman la gravedad de los hechos como parámetro de imposición de la detención.

Lo que se pretende potenciar a través de una visión más completa de este parámetro es el conferir a los justiciables una motivación más cercana a la realidad, capaz de trascender del análisis numérico abstracto hacia la valoración de la conducta incriminada, sus elementos concretos y forma de acontecimiento, que a la postre serán los parámetros más reales para una prognosis de pena. Es un error estandarizar que todos los casos en que se impute el mismo delito ostentan un nivel de gravedad semejante; al hacerlo se desnaturaliza el carácter singularizado que el sistema de justicia debe ofrecer al conocer caso por caso.

Es precisamente en ese mismo sentido que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en la sentencia proveída el 14-IX-2011 en el proceso de Inconstitucionalidad con referencia 37-2007Ac. En dicha sentencia se ha interpretado el art. 331 párrafo segundo Pr. Pn. de manera conforme a la Constitución, y se concluyó que la mención de ciertos ilícitos específicos en su texto obedece a que estos son las manifestaciones de los ataques más graves a la esfera jurídica de los gobernados, y que por ello se requería un tratamiento de acuerdo a su especificidad criminológica.

De esa forma, a modo de colofón, es posible concluir que la gravedad es un parámetro válido para medir el peligro de fuga en su dimensión objetiva; y su construcción debe trascender de la simple verificación del quántum de la probable pena a imponer designada para el delito, e incluir la valoración de otros aspectos útiles como el grado de lesión al bien jurídico, cantidad de ilícitos incriminados o la cantidad de víctimas que permitan contextualizar mejor la decisión judicial al caso en concreto.

En el presente caso se encuentra que el juez ha diversificado los elementos que construyen su percepción sobre la gravedad del ilícito en tres puntos: primero la cantidad de delitos atribuidos; segundo en la probable pena a imponer a partir de los años de prisión asignados a cada ilícito; y tercero en la antijuridicidad material de los hechos incriminados reflejada en la cantidad de dinero presuntamente apropiada y su origen, es decir fondos públicos. Esta constatación es suficiente para considerar inexistente el agravio propuesto, pues ulteriores consideraciones conllevarían a discutir la esencia de los motivos sobre los que se ha erigido la gravedad; lo cual escapa al objetivo del análisis propuesto.

c. Pasando al análisis del peligro de fuga subjetivo propuesto por los apelantes, se tiene que los abogados defensores de los imputados […] han denunciado que el Juez no ha explicado por qué ha considerado que los documentos presentados como arraigos de sus patrocinados han sido considerados como débiles; mientras que el defensor del imputado […] ha señalado que tal razonamiento es ausente en la decisión impugnada.

Verificando el auto en el que se decreta la prisión provisional de las personas arriba citadas[…] el razonamiento concreto aplicado a las personas arriba mencionadas, y literalmente éste consiste en:

"En la audiencia inicial la defensa presentó documentación para probar arraigos familiares, domiciliares y laborales de los procesados no detenidos e incluso constancias médicas para probar el estado de salud y las necesidades médicas de ciertos imputados. Estos documentos para probar los arraigos aparecen agregados al expediente.

Tales documentos, establecen en su conjunto el arraigo familiar, domiciliar y laboral de los justiciables. La defensa de cada uno de los imputados no detenidos probó los arraigos de sus patrocinados.

Todos los anteriores argumentos aplicables a los imputados detenidos se aplican a los imputados no detenidos. Sin embargo, la diferencia esencial para los fines de adoptar la detención provisional respecto a los imputados no detenidos […], es que no es procedente argumentar sobre la sospecha objetiva o peligro de fuga, pues lo que existe es una fuga cierta, una evasión concreta, una huida real, una sustracción del proceso verificada empíricamente por su ausencia injustificada al proceso. Ninguno fue detenido por la PNC en virtud de las órdenes de detención administrativa giradas por la Fiscalía, al haberse dado a la fuga –a excepción de la imputada por la que se solicitó medidas cautelares alternativas-, y además, ninguno se presentó a la audiencia inicial, pese a que este tribunal intento citarlos para la misma. Actos de comunicación que fueron ineficaces e infructíferos porque ya no residían en los domicilios proporcionados por la Fiscalía. Ergo, no hay peligro de fuga, sino fuga cierta.

En otras palabras, estimo que, los arraigos son débiles al ponderar la gravedad de la imputación, la antijuricidad material de los delitos y la penalidad en expectativa. A pesar de los arraigos de los justiciables probados documentalmente por los abogados defensores, lo que existe es una fuga cierta. La gravedad de antijuricidad material (la causación de un grave lesión a la Hacienda Pública y Orden Socioeconómico, la afectación a las minorías más desventajadas económicamente del país –los pobres-), y las penas en expectativa, son circunstancias del hecho con implicaciones nacionales (Articulo 329 numero 2º parte final del CPP). Consecuentemente, estimo que es racional afirmar que existe fuga cierta en el presente caso, y que los imputados no se someterán voluntariamente al proceso" […].

Se tiene en primer lugar que sí se ha encontrado en el auto apelado un razonamiento relativo a los arraigos presentados en Audiencia Inicial, por lo que se desestima la pretensión impugnativa del Abogado […] relativo a su omisión absoluta. En cuanto a la presunta inexistencia de justificación de porqué el Juez los ha estimado como débiles, se tiene que en los párrafos segundo y último trascritos se encuentra la explicación supuestamente prescindida: el Juez ha

considerado que a pesar de éstos establecer las condiciones familiares, laborales y domiciliares de los procesados, al momento de ponderar las circunstancias acreditadas respecto a la gravedad de la incriminación, éstos resultan insuficientes para garantizar la sujeción de los imputados al proceso.

No se trata entonces de una deficiencia argumentativa en el proveído sino de un error de aprehensión por parte de los apelantes, pues se ha verificado que el razonamiento judicial sobre el punto pedido sí existe; y al no haberse atacado el fondo de la justificación judicial de debilidad de los arraigos con respecto a la gravedad de la imputación, se declara sin lugar a la existencia del agravio alegado por haberse constatado que el juez ha observado el deber de motivación en este punto de la resolución.

d. Como último punto de análisis respecto del peligro de fuga subjetivo, se ha cuestionado por los defensores de la imputada […] la inobservancia del art. 330 No. 1° Pr. Pn. al interpretar la no comparecencia de la imputada como peligro real de fuga. Sobre lo anterior, el Juez […] de la resolución dictada el 15-VI-2018 ha razonado lo siguiente:

"Respecto a los imputados por los cuales me pronuncio en esta interlocutoria, señores […], no es procedente argumentar sobre la sospecha objetiva o peligro de fuga, pues lo que existe es una fuga cierta, una evasión concreta, una huida real, una sustracción del proceso verificada empíricamente por su ausencia injustificada al proceso. Ninguno fue detenido por la PNC en virtud de las órdenes de detención administrativa giradas por la Fiscalía, al haberse dado a la fuga, y pese a que este tribunal intento citarlos, sin lograr ubicarlos en sus supuestas residencias, por lo cual los actos de comunicación fueron ineficaces e infructíferos, porque ya no residían en los domicilios proporcionados por la Fiscalía, exceptuando a los señores […] quienes aun viviendo en el lugar, no comparecieron al llamado judicial- y aún con la probabilidad de que conocieran de las imputaciones en su contra, informándose en los medios de comunicación - en tanto el caso ha tenido gran impacto local e internacional, y se han publicado sus nombres en radio, prensa y televisión -, no se presentaron a esta sede judicial, ni nombraron defensor, a fin de evidenciar su interés en enfrentar el proceso. Ergo, no hay peligro de fuga, sino fuga cierta.

En otro orden, los arraigos de los imputados son inexistentes"

La disposición presuntamente inobservada por el A Quo es el art. 330 No. 1° Pr. Pn, cuyo tenor literal se lee: "Procederá también la detención provisional en los casos siguientes: 1) Cuando el imputado no comparezca sin motivo legítimo a la primera citación o cada vez que el tribunal lo estime necesario". Sobre este punto los recurrentes sostienen que la imputada no fue debidamente citada, por lo que su incomparecencia no responde a un acto propio de su liberalidad sino a una omisión investigativa de la agencia fiscal; tal cuestión ya fue elucidada en el análisis de admisibilidad y se ha dicho que no es posible considerarla como agravio en razón que la crítica se dirige directamente contra actuaciones fiscales y no judiciales, lo cual escapa al ámbito de control de este Tribunal.

Nótese que para realizar una adecuada aprehensión de lo motivado por el Juez, deben derivarse las razones por las que estimó que nos encontrábamos ante una fuga cierta: falta de justificación de su incomparecencia al proceso y ausencia de arraigos, pues en ese momento no se contaba con ningún documento

que los respaldare y además, por informe del mismo citador –corroborado por lo dicho por los apelantes en su escrito- se ha conocido que la imputada ya no reside en el lugar proporcionado. Ello significa que entre otros motivos para decretar la detención provisional, también se ha incluido el parámetro contenido en el art. 330 No. 2° in fine Pr. Pn, que es la ausencia de circunstancias que indiquen su voluntad de someterse al proceso.

Sin embargo, retornando a la interpretación de incomparecencia como motivo para justificación para decretar la detención provisional, esta Cámara denota que el Juez ha utilizado un elemento considerado en el texto del mismo art. 330 No. 1° Pr. Pn. para estimar que nos encontramos ante una fuga cierta: el hecho que la incomparecencia ha sido injustificada. En otras palabras, se cuenta con elementos que razonablemente indican que la procesada está sabedora de la incriminación emprendida en su contra, como la publicidad mediática alrededor de este proceso o el hecho que su hermana -persona con la que se entendería mantiene comunicación- ha intervenido indirectamente en este trámite; y que no obstante ello no se ha comunicado con sus Abogados -tal como ellos lo expresan a folios veintidós de su escrito- ni se ha preocupado por hacer llegar al Juzgado algún documento o razón que excuse su ausencia.

A partir de la configuración lingüística del precepto presuntamente inobservado, la disposición pareciera razonablemente indicar que ante la ausencia de un motivo legítimo que exculpe la incomparecencia de la persona procesada al llamamiento judicial, podrá estimarse con sensatez que ésta se ha sustraído de la acción judicial. Esta Cámara considera que el Juez ha acertado al utilizar tal disposición como sustento para la detención provisional decretada en razón que, habiendo ponderado los elementos arriba mencionados -primordialmente la ausencia de justificación de incomparecencia- y el hecho que aun habiendo trascurrido un plazo prudencial no se ha presentado, indican una sospecha cierta de un peligro de fuga concreto.

Por lo tanto, se desestima la pretensión impugnativa planteada al verificarse que la apreciación judicial del art. 330 No. 1° Pr. Pn. ha sido acertada en el contexto de las circunstancias que rodean a la imputada […].

(iv) Corresponde en este cuarto apartado de análisis la verificación del agravio planteado por los Abogados de la imputada […], relativo a la presunta inobservancia judicial al deber de motivación respecto al riesgo de obstaculización de la investigación para el caso concreto. Retomando el razonamiento judicial plasmado en el auto impugnado, se tiene que […] el A Quo se ha expresado en los siguientes términos sobre el peligro en la demora de la investigación:

"En el presente caso, la limitación o injerencia -pretendida por la Fiscalía- es la detención provisional bajo el argumento de asegurar la vinculación de los imputados al proceso, para evitar su fuga o proteger la investigación misma. Frente a una de las imputadas la Fiscalía solicita medidas cautelares alternativas.

En ese sentido, para que eventualmente pueda limitarse el derecho fundamental de libertad locomotiva de los imputados, es menester que se cumplan ciertos requisitos constitucionalmente exigibles: (1) legalidad de la medida cautelar (apariencia de buen derecho y peligro de fuga), (2) fin constitucional de la medida; (3) principio de jurisdiccionalidad; (4) justificación; y (5) proporcionalidad

(este último dividido en los subpricipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido). (…)

2. Además, dicha medida tiene una finalidad constitucional legítima, la cual consiste en evitar la fuga de la persona o el entorpecimiento de la investigación, a través de la contaminación de las fuentes de prueba que eventualmente puedan recolectarse y garantizar el éxito del proceso (nuestra Constitución no tolera procesos penales en rebeldía en la vista pública). Esta es una finalidad legítima. (…)

Por mandato del artículo 13 inciso 3º y 172 inciso 1º de la Constitución, corresponde al Juez –obviamente- y no a las partes (FGR o defensa), decidir frente al caso particular cual es la medida cautelar aplicable, la más racional, la que garantice el éxito de la investigación, evite el peligro de fuga y la contaminación o destrucción de los medios de prueba existentes.

Al respecto, existe un precedente obligatorio en sentido fuerte con efectos erga omnes (artículo 183 Cn), de nuestra Sala de lo Constitucional, en la sentencia de inconstitucionalidad con referencia número 28-2006/33-2006/34-2006/36-2006, de las doce horas del día doce de abril de dos mil siete, donde argumento:

«De conformidad con la Constitución –cuando el art. 172 Cn. dispone que corresponde al Órgano Judicial la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado–, se le concede a los Jueces y Magistrados la potestad jurisdiccional, que se ejerce al aplicar el derecho a los casos concretos de modo irrevocable y ejecutando asimismo lo decidido.

A tal efecto sirven las medidas cautelares, pues a partir de ellas, de oficio o a petición de parte, y luego de verificarse los presupuestos que las habilitan, el juzgador asegura su función de ejecutar lo juzgado, pues con ella se pretende que el resultado del proceso no quede burlado ante situaciones ajenas a la actividad del juzgador, pero que pueden ser aseguradas procesalmente, minimizando el riesgo de un dispendio y pronunciamiento jurisdiccional inútil […].

Posterior a lo plasmado, que son teorizaciones generales sobre el riesgo de entorpecimiento en la investigación, no se encuentra otra referencia concreta sobre su aplicación al caso; sin embargo no se trata de un supuesto de nulidad tal y como lo ha planteado el apelante puesto que de lo plasmado por el Juzgador en las líneas trascritas puede, a través de un ejercicio interpretativo, derivarse su percepción sobre el peligro que recae sobre la investigación si se otorgaren medidas cautelares distintas.

El parámetro en mención tiene múltiples acepciones dadas por los procesalistas que han escrito al respecto: peligro de obstrucción de la investigación, riesgo de contaminación de la evidencia, posibilidad de incidencia en el dicho de testigos o destrucción de documentos relevantes, etc. Dependerá de la alocución que utilice el juzgador para comprender ante qué clase de peligro o riesgo concreto nos encontramos; y en este caso se han utilizado de forma especifica dos: el entorpecimiento de la investigación, a través de la contaminación de las fuentes de prueba que eventualmente puedan recolectarse y la determinación de la medida cautelar aplicable, la más racional, la que (…) evite el peligro de fuga y la contaminación o destrucción de los medios de prueba existentes.

Se entiende entonces que la percepción judicial del caso respecto de los elementos de prueba por recabar es endeble y vulnerable; criterio que esta Cámara

comparte en razón de las peculiaridades que rodean el caso: gran parte de los imputados -incluida la señora […] han sido empleados o funcionarios públicos, entre los cuales -con probabilidad positiva- existía un concierto para efecto de movilizar, cada uno desde su posición, fondos públicos e intentar por diversas formas legitimarlos.

En la mayoría de los casos se han presentado constancias laborales que reflejan una vinculación aún directa o indirecta con el eventual manejo de documentación que podría resultar relevante para la investigación en curso; además del hecho que se ha conocido la identidad de los testigos que han cooperado con la indagación y el contenido de lo dicho, existiendo la razonable posibilidad que se intente influir en el mismo.

Por los motivos anteriores, este Tribunal considera que tal y como lo ha estimado el A Quo, existen motivos suficientes para temer con fundamento racional de la incolumidad de la investigación en curso; por lo que se desestima el incumplimiento al deber de motivación señalado."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 285-2018, fecha de la resolución: 28/09/2018

CONSIDERACIONES NORMATIVAS CON RESPECTO AL TIPO PENAL

"En el presente caso, se evaluará la situación jurídica de los justiciables presentes […], así como de los imputados ausentes […]; a quienes se les atribuye el delito de LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS, previsto y sancionado en el artículo cuatro de la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos, en perjuicio del ORDEN SOCIOECONOMICO.

Para poder determinar el grado de responsabilidad a esta etapa indiciaria, y legislación aplicable, se hace a continuación una reseña histórica de los Convenios Internacionales que dieron origen a la ley especial que regula el delito de Lavado de Dinero.

Al respecto, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, conocida como Convención de Viena, que entró en vigencia el día once de noviembre de mil novecientos noventa y que fue adoptada por ciento ochenta Estados miembros, constituye un hito esencial en la configuración de herramientas legislativas de carácter internacional en materia de Lavado de Dinero y Activos, ya que en ella se plasman buena parte de los esfuerzos anteriores de la Comunidad Internacional en la lucha contra del narcotráfico y la corrupción.

A nivel latinoamericano, en materia de anti-corrupción se lleva a cabo la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en Caracas Venezuela, el 29 de marzo de 1996, la cual se constituye como el primer instrumento jurídico-internacional destinado íntegramente a luchar contra la CORRUPCIÓN Y DELITOS CONEXOS, que impulsa decididamente la recuperación de los activos obtenidos ilícitamente como consecuencia de estos delitos, para lo cual constituye una herramienta indispensable la adopción de mecanismos de cooperación y asistencia administrativa, policial y judicial.

CONSIDERANDO II. (LEGISLACIÓN NACIONAL)

En razón de los Convenios Internacionales celebrados por El Salvador, y la innumerable cantidad de recomendaciones contenidas en dichos tratados, aunado a los compromisos adquiridos por nuestro país para el combate del Crimen Organizado y el Lavado de Dinero y Activos producido como consecuencia directa, se crea mediante Decreto Legislativo número 498 del 2 de Diciembre de 1998, publicado en el Diario oficial Nº 240, Tomo Nº 341, del 23 de Diciembre de 1998, LA LEY ESPECIAL CONTRA EL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS, que entra en vigencia el día 2 de junio de 1999.

CONSIDERANDO III. (ENUNCIACIÓN DEL DELITO Y BIEN JURÍDICO TUTELADO)

LA LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS, con sus reformas legislativas aprobadas de dos mil seis, dos mil trece y dos mil catorce, contempla una serie de verbos rectores bajo los que se entiende se comete el delito autónomo, independiente y especial de lavado de dinero. Estos verbos rectores están descritos en el Art. 4 de la referida ley, que se denomina Lavado de Dinero y Activos, y en el Art. 5 del mismo cuerpo penal normativo, denominado Casos Especiales de Lavado de Dinero y Activos; asimismo contempla el delito de Encubrimiento de este tipo de actividades, regulado en el Art. 7 de dicha ley especial. Por otro lado, el art. 6, señala los delitos que generan o propician el delito de lavado de dinero, entre los que se menciona en los literales g), h), i), y j) los delitos relativos a la Corrupción.

Precisamente a todos los imputados se les atribuye el delito de LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS, derivado del delito o hecho generador que radica en el delito de PECULADO, presuntamente cometido por ex funcionarios públicos durante la gestión presidencial del Señor […], según informe de la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia y de la Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía General de la República, recayendo el presente caso en el literal l) de la referida legislación.

El delito de LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS, establecido en el Art. 4 de la Ley de Lavado de Dinero y Activos dice literalmente: "…El que depositare, retirare, convirtiere o transfiriere fondos, bienes o derechos relacionados que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas, para ocultar o encubrir su origen ilícito, o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos a quien haya participado en la comisión de dichas actividades delictivas, será sancionado con prisión de cinco a quince años y multa de cincuenta a dos mil quinientos salarios mínimos mensuales vigentes para el comercio, industria y servicios al momento que se dicta la sentencia correspondiente. Se entenderá también por lavado de dinero y de activos, cualquier operación, transacción, acción u omisión encaminada a ocultar el origen ilícito y a legalizar bienes y valores provenientes de activos delictivas cometidas dentro o fuera del país…".

En cuanto al bien jurídico tutelado, se considera un delito pluriofensivo que es aquel que lesiona o pone en peligro directa o inmediatamente varios bienes jurídicos, siendo algunos de los bienes primarios afectados con la comisión de este delito el patrimonio, el mismo bien jurídico del delito precedente que origina los bienes a blanquear, la administración de justicia, el orden socioeconómico, la estabilidad, solidez y transparencia del sistema financiero, la libre competencia y

el tráfico lícito de los bienes que circulan en el mercado, la estabilidad o seguridad de las naciones y el sistema democrático de gobierno, entre otros."

VALORACIONES DOCTRINARIAS RELACIONADAS AL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL

"CONSIDERANDO IV. APARIENCIA DE BUEN DERECHO (FUMUS BONI IURIS).

El Estatuto de Libertad establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal, que las medidas de coerción restrictiva de la libertad personal o de otros derechos tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que trata de resguardar.

Estima esta Cámara que la detención provisional es una medida cautelar de tipo personal, que debe necesariamente estar motivada y ser de carácter excepcional, es decir que para su imposición es imprescindible tener razones fácticas y jurídicas que la justifiquen; ya que esta supone una afectación grave al derecho fundamental de libertad ambulatoria de la persona, sin la existencia de una sentencia condenatoria. En ese sentido, se infiere que la detención como una medida grave, restringe el derecho de libertad, protegido en nuestra constitución (Art. 2, Cn.); y cabe decir que, en virtud a los principios de proporcionalidad y necesidad, no basta con que la medida y el motivo que la justifica estén previstos en la ley, sino que también resulta imprescindible que objetivamente se justifique para obtener el cumplimiento de los fines que la legitiman, debiéndose adoptar, siempre la alternativa menos gravosa para el derecho fundamental de la libertad ambulatoria. La aplicación del principio de necesidad a la detención provisional, conlleva el cumplimiento de ciertas exigencias, y primordialmente su excepcionalidad, ya que, la detención provisional nunca puede convertirse en regla general sino que ha de adoptarse exclusivamente cuando no exista otra forma de cumplir los fines que la justifican; y es precisamente en razón al cumplimiento de los principios antes referidos que se exige la justificación objetiva de la detención provisional, pues al ocasionar limitación a un derecho tan importante como lo es el de la libertad, protegido constitucionalmente, es obligación judicial, y por ende de este Tribunal, examinar, no solo la concurrencia de los presupuestos materiales que la posibilitan, sino también si existen otras alternativas menos gravosas para el derecho a la libertad y que al mismo tiempo aseguren la comparecencia de los imputados al proceso, en caso que no se constituyeran los elementos indiciarios de convicción mínimos o necesarios para tener la probabilidad positiva sobre la existencia del delito y la participación de los imputados en la materialización del mismo.

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

En ese sentido la aplicación de la detención provisional procede cuando dentro del proceso se establecen dos presupuestos; por una parte, lo que doctrinalmente se conoce como "FUMUS BONI IURIS", o Apariencia de Buen Derecho, constituido por la verosimilitud del hecho imputado y la razonable atribución de la responsabilidad por el mismo a la persona contra quien se adopta la medida

cautelar. En el proceso penal tal presupuesto se identifica con el juicio de imputación dispuesto en el Art. 329 inciso primero Pr. Pn., que está constituido por la existencia del hecho tipificado como delito y la probabilidad de participación de los imputados en la comisión del mismo.

En el presente caso, existen una serie de elementos indiciarios mencionados en el respectivo requerimiento y agregados al proceso que fundamentan la imputación inicial del delito de Lavado de Dinero y Activos en contra de los procesados, aclarando que la investigación inicia con la declaratoria de causa pronunciada por la Sección de Probidad de la Honorable Corte Suprema de Justicia y elevada al pleno donde se ratificó la investigación y avaló el procedimiento por Enriquecimiento Ilícito en material civil contra varios ex funcionarios públicos por mal manejos de fondos estatales. Así mismo esta investigación se ve reforzada con la auditoría que realizará la Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía General de la República."

EVALUACIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES RESPECTO DE LA AUTONOMÍA Y CONFIGURACIÓN TÍPICA DEL DELITO

"CONSIDERANDO V. PARTICIPACIÓN DE CADA IMPUTADO:

Del relato fáctico contenido en el requerimiento, y que, en síntesis, refiere al hecho de que los imputados habrían realizado presuntamente conductas descritas en el en el Art. 4 de la Ley de Lavado de Dinero y Activos, como lo serían el percibir fondos ilegales sustraídos de cuentas del Tesoro Nacional para posteriormente llevar a cabo el ocultamiento de fondos ilegales provenientes de dichas cuentas, cuando estos fungían como Representantes de las Sociedades […], y finalmente traspasar dichos fondos a cuentas particulares […], propiedad del expresidente de la República […], y otros; en que medió el hecho generador radicado en los delitos de PECULADO, LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS Y AGRUPACIONES ILÍCITAS, atribuidos al señor Saca y otras personas.

CONSIDERANDO VI. NEXO CAUSAL

En cuanto al imputado […].

El PRIMER MOTIVO DE APELACIÓN, referente a: "LESIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL PARTIR DE FUNDAMENTAR LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO EN EL TESTIGO CLAVE […], interpuesto por la Defensa Técnica, ataca dos puntos medulares del "Fumus Boni Iuris", o Apariencia de Buen Derecho, referente al imputado […], manifestando su inconformidad de la siguiente manera:

Primero, porque que se le imputan al procesado […] una serie de actos que le vinculan directamente con el Blanqueo de Capitales relacionado al caso del ex-presidente de la República […] y compañía en el caso conocido fiscalmente como "Destape a la Corrupción", el cual aún se encuentra en la etapa de instrucción.

En tal sentido, respecto a este punto que es parte del primer motivo de interposición de la apelación, la Cámara considera que más allá que a la fecha en que se procesa a los imputados relacionados en esta resolución por el delito de Lavado de Dinero y Activos, exista un hecho precedente comprobado que indiciariamente esté ligado al presente caso, existe a la fecha una investigación

abierta y judicializada por la persecución del delito de PECULADO, LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS y AGRUPACIONES ILÍCITAS, atribuida al ex-presidente de la República […] y otros servidores públicos, durante su mandato y como funcionarios públicos, en donde se explicó a lo largo de la enunciación de los hechos, existió un aparataje de Estado creado exclusivamente para desviar fondos del mismo a cuentas de particulares sin justificación, y una investigación que inició con las declaraciones patrimoniales presentadas por la Sección de Probidad de la Honorable Corte Suprema de Justicia por medio de las cuales se encontró indicios de enriquecimiento ilícito del ex presidente de la República de El Salvador señor […] durante su gestión presidencial en los períodos comprendidos de […], lo que derivó en una investigación de la Unidad Financiera de la Fiscalía General de la República, conforme a resolución emitida a las […].

Y es que efectivamente, aunque no existe a la fecha una sentencia firme sobre el caso, que permita establecer la certeza de la existencia o no de un delito o hecho generador; estamos en presencia de un delito AUTÓNOMO; es decir, el delito de Lavado de Dinero o Blanqueo de Capitales como se le conoce doctrinariamente en otras legislaciones internacionales, es un delito que se comprueba indiciariamente e indiferentemente si se ha probado o no el hecho generador.

Entonces, es incorrecto, que el HECHO GENERADOR O PRECEDENTE, debe de estar comprobado para poder investigar el delito de LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS, ya que se aclaró en los considerandos anteriores, que este último delito, es un ilícito autónomo, independiente al hecho precedente, que se comprueba de manera indiciaria en relación a este, y que no necesariamente merece la participación del o los imputados en el hecho generador; siendo su autonomía suficiente para poder comprobarlo vía indicios conforme a un incremento en el patrimonio u otras acciones que realice el autor directo del mismo, dada su especialidad y severa sanción dada su reprochabilidad.

La doctrina considera al delito de Lavado de Dinero un delito autónomo, especial e independiente de otra serie de delitos que lo proceden, así mismo, se entiende la autonomía de este delito en relación al auto-encubrimiento, sobre la base de que la receptación mantiene o incrementa la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico que tutela el delito del que proceden los bienes.

Para puntualizar la Sala de lo Penal, cita en su sentencia con número de referencia 288-CAS-2004 de las diez horas del día veintiocho de junio del año dos mil seis). ACUMULADO 288-CAS-2011 que: “la autonomía del delito de Lavado de Dinero surge de su propia configuración típica, de donde la relación con actividades delictuales precedentes es desde luego indispensable, pero no menos diferente del tratamiento que recibe, verbigracia, el delito de receptación Art. 214-A Pn., sin que esa interdependencia torne dispensable su propia autonomía; en todo caso, cabe preguntarse si la imputación de la construcción típica depende, invariablemente, de la comprobación de la procedencia de los bienes o, si a partir de indicios obtenidos y en ejercicio de la simple experiencia humana, es posible atribuir válidamente una conducta calificada tal a una persona, para luego en el ejercicio de la jurisdicción fijar con claridad el cumplimiento total o parcial de los tipos penales en relación a la conducta objeto de juzgamiento. Cabe acotar que la Sala se inclina por ésta última posibilidad. (...) la existencia de indicios que permitan inferir la ilicitud de las actividades generadoras de los bienes o valores,

de donde su génesis delictuosa es derivable de las circunstancias materiales en las que se desarrolla la conducta calificada de blanqueo o lavado de dinero; bastando en esa línea, uno o varios indicios que por su gravedad, inusual o anómala configuración denoten la ilicitud de la procedencia de los bienes o valores".

Pese a la autonomía del delito de lavado de activos, siempre es indispensable demostrar, aun mediante prueba de indicios, que los bienes objeto de Lavado de Activos o de Dinero, provienen de acciones delictivas previas, pues es la característica esencial que identifica esta clase de hechos que afectan el espectro financiero de un país.

En tal sentido, se relaciona respecto al tema la (Sentencia Cámara Primera de lo Penal- Sección del Centro.31-oct-2002.) que dice: "Del análisis anterior, se puede observar que a pesar de sustentarse la autonomía del delito de lavado de activos, siempre es indispensable demostrar, aun mediante prueba de indicios, que los bienes objeto de Lavados de Activos o de dinero, provienen de acciones delictivas previas, pues es la característica esencial que identifica esta clase de hechos que afectan el espectro financiero de un país. En ese sentido, este tribunal estima, que no es posible hablar en términos genéricos de una autonomía pura, de una plena independencia del delito de Lavado de bienes, etc.".

Por las razones expuestas anteriormente, para la Cámara no existe violación a la legalidad del proceso, en el primer punto alegado del motivo enunciado, cuando la imputación inicial se hace en base a un proceso activo que relaciona a otros imputados en el caso denominado por fiscalía como "Destape a la Corrupción", y los informes pertinentes emitidos por la Sección de Probidad de la Honorable Corte Suprema de Justicia y Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía General de la República, que relacionan a otros exfuncionarios de Estados, por cuanto se estableció la AUTONOMÍA del delito en investigación, respecto al hecho generador. De ahí que tampoco exista doble juzgamiento cuando los partícipes del o los delitos de origen o precedente continúen su acción en el blanqueo de capitales."

SUFICIENCIA DE ELEMENTOS PROBATORIOS PERMITE AL TRIBUNAL AD QUEM TENER LA CONVICCIÓN SUFICIENTE RESPECTO DE LA EXISTENCIA DEL DELITO Y LA PARTICIPACIÓN DELICTUAL DEL PROCESADO

"A continuación, y como segundo punto del primer motivo de impugnación, se alegó, medularmente, por parte de la defensa técnica del imputado […], la ilegalidad de la declaración del testigo protegido clave […], que consta en el acta de entrevista respectiva, y que ha sido punto de inconformidad y consecuente impugnación, al deslegitimizar de parte de la defensa técnica su autenticidad y transparencia, ya que se alega que existe duda sobre la persona que goza de ese beneficio, y la relación que esta tiene con la señora **********, quien fuese la cónyuge del señor […] y quien además ostentaba la calidad de Representante Legal y Administrado Único en la Sociedad […], al momento en que sucedieron los hechos, específicamente cuando hace alusión, la parte apelante, que esta confesó durante la investigación fiscal y que estas aseveraciones se usaron en contra de los ahora procesados […].

Al respecto se analiza la imputación hecha por el testigo protegido clave […] en el proceso, la cual se encuentra agregada en la pieza noventa y dos del presente proceso penal, que medularmente refiere en torno a los ahora procesados […], lo siguiente:

Que no existió ningún tipo de relación comercial que justificara la emisión de pagos, sino que de lo que se trató era de simular la extracción de fondos que tenían un origen ilícito, para ir alejándolo cada vez más de la fuente de donde fue sustraído ilegalmente, que el señor […], lo conoció en el año […]. proveniente de las cuentas bancarias creadas en el Banco […], fueron recibidas en concepto de cobro de deuda en el exterior a nombre de la sociedad […], manifiesta que el dinero proviene de la partida secreta de casa presidencial, que el giro de la referida sociedad, no era la recuperación de mora, y que fue lo que se justificó para luego sacar el dinero a favor de las sociedades […], y que de dichas operaciones al señor […], le iba a quedar una comisión de entre el quince al dieciséis por ciento, es decir, en los tres años que se prestó para recibir dinero ilegal y lavarlo, le quedaron un poco más de […], de comisión, por lavar dinero sustraído ilegalmente del Estado por el señor […] y compañía.

De la anterior imputación directa se denota que efectivamente la declaración inicial que consta en acta de entrevista del testigo protegido […] es importantísimo en el presente caso, y efectivamente como lo dice la defensa es indispensable para tener por establecido a esta etapa inicial indiciariamente el grado de participación de ambos imputados, así como el elemento subjetivo del dolo; no obstante lo anterior, dicho elemento recabado, no es por sí mismo el único elemento de carácter indiciario para tener probabilidades positivas sobre la existencia del delito en torno al imputado […]; ya que existen otros elementos ante la falta de la declaración u entrevista del testigo protegido clave […], que aportan esos elementos de convicción, entre los que se citan a continuación: […].

Entonces, en primer lugar, si bien indudablemente tiene que aclararse durante el proceso en qué calidad la señora **********, confesó los hechos imputables al señor […], durante la investigación fiscal para que estos sean retomados y validados durante el proceso, tomando en cuenta que la señora antes mencionada ostentaba la calidad de Representante Legal y Administrador Único en la Sociedad […], al momento en que sucedieron los hechos y por qué si no se le ha otorgado criterio de oportunidad en el proceso, tampoco se le ha procesado por los hechos delictivos relacionados en el presente caso.

En segundo lugar, partiendo de la idea que no se cuestiona la veracidad de los hechos narrados en el acta de entrevista del testigo protegido con clave […], y que no ha existido por parte de la Unidad Técnica Ejecutiva vicios en el otorgamiento del régimen de protección para este testigo, sin duda alguna, uno de los requisitos para la validación y autenticación de los hechos desprendidos de dicha testimonio radican en la verificación de la identidad del testigo protegido clave […], que esta Cámara desconoce si las aseveraciones formuladas por los abogados apelantes son ciertas en cuanto a identificar al Testigo Protegido con la señora **********, aspecto que excede al análisis que corresponde hacer a esta etapa procesal, y las razones que justifiquen su participación en el proceso; no siendo, como se dijo anteriormente este el momento idóneo para darle validez o no a imputación hecha por este testigo en contra de los señores […], ya que re-

cordemos que en esta etapa y sobre todo en cuanto al delito de lavado de dinero y activos lo que se analiza son meros elementos de carácter indiciario, que existen independientemente de la intervención de la persona a quienes reprochan su ilegalidad como testigo.

Por último, no es cierto que el señalamiento directo que haga el testigo protegido con clave […], sea el único elemento de carácter indiciario e incriminador en el presente caso, ya que anteriormente se señalaron varios elementos que también permiten a este Tribunal de Alzada tener suficientes elementos de convicción sobre la probabilidad positiva de la existencia del delito y la participación del señor […] en el delito atribuido, cuya conducta descrita perfectamente se enmarca dentro de los verbos rectores de "depositar", "retirar", "convertir" y "ocultar" fondos con sospechas razonables de proceder de alguna actividad ilícita; ya que existen varios informes bancarios y otros certificados que comprueban que la Sociedad […], recibió dinero en depósitos de cuentas en las cuales únicamente el imputado […] estaba autorizado para movilizar dicho dinero, las cuales eran provenientes de cuentas bancarias del señor […] bajo la denominación de "Gastos Operativos de la Presidencia de la República", y prevenían de cuentas subsidiarais del Tesoro del Estado Publico de la Presidencia, las cuales se recibieron bajo ninguna justificación, ya que la referida sociedad jamás prestó un servicio a las dependencias estatales para que estas erogaran dinero a su favor, y que posteriormente de recibidos estos fondos, fueron re-dirigidas al poco tiempo de recibidas a cuentas de sociedades del grupo […], entre otras, propiedad del señor […], cuyo propietario y representante legal es el señor […]; existiendo por tanto, una relación directa entre el hecho generador y el hecho autónomo consecuente de lavado de dinero. Sin mencionar, el incremento en el patrimonio injustificado que tiene el señor […], durante los hechos investigados."

PILARES FUNDAMENTALES SOBRE LOS QUE DESCANSA EL BLANQUEO DE CAPITALES BASADO EN INDICIOS, SEGÚN JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

"Como PRIMER MOTIVO DE APELACIÓN, referente a: "INEXISTENCIA DE FUMUS BONI IURIS PARA PODER DECRETAR LA DETENCIÓN PROVISIONAL", la defensa técnica del procesado […], señaló como punto medular de su inconformidad, el hecho que no se hubiera demostrado a esta etapa inicial, el dolo con el que actuó presuntamente el procesado en comento, quien además se desempeñó como contador de la Sociedad […], encargado de llevar los balances contables de la referida empresa al momento en que sucedieron los presuntos hechos delictivos, y que lo que existió fue un actuar negligente y desconocimiento de los hechos.

En primer lugar, el delito de lavado de dinero y activos no sólo descansa sobre un delito anterior, sino que además exige el conocimiento del origen de los activos, pues basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar (que comprende todos los verbos rectores que establecen los Arts. 4 y 5 de la Ley de Lavado de Dinero y Activos), y la razonable inferencia de que procede de un delito; el dolo exigido, por tanto, puede ser directo o eventual, en tanto es este último caso el agente considere seriamente y acepte como probable que los activos o el dinero procedían de un ilícito. Este proceso de inferencia lógica no

escapa a las reglas de imputación subjetiva. A los fines de probar el dolo de un sujeto, es decir su conocimiento y voluntad en la realización de los elementos del tipo objetivo.

La Cámara considera al respecto, que si bien la señora jueza a quo, en el caso concreto valoró en su resolución objeto de apelación, que pudiera existir algún tipo de descuido o negligencia de parte del referido imputado, cuando este se desempeñó como contador encargado de firmar los balances contables reportados por la Sociedad […] al momento en que sucedieron los presuntos hechos delictivos imputables, se deja de lado varios aspectos importantes.

Efectivamente ante la ausencia del elemento subjetivo (dolo), y la concurrencia de la culpa por negligencia o incumplir las normas del debido cuidado, la figura típica atribuida al señor […] debería de desaparecer, ya que como bien acotaron los defensores particulares en su escrito de apelación, la culpa no es penalizada en el delito que se investiga y se le atribuye.

Sin embargo, como primer punto traído a colación, el autor […], en su artículo sobre "la carga de la prueba y el lavado de activos"; dice que el Dolo, se sitúa en la intencionalidad según pautas objetivadas en el proceso. El referido autor también resalta, que la intención, el dolo, sigue siendo un aspecto íntimo, individual de la conciencia humana, que no puede conocerse de otro modo que a través de la explicación del mismo al exterior, por las trazas que deja en los hechos objetivos realizados.

En ese orden de ideas, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, en su artículo 3.3 establece: "…el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso...".

Según jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo Español, que se origina en la sentencia número STS-755/1997 del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y siete, y se reitera en las sentencias del quince de abril de mil novecientos noventa y ocho número STS-356/1998 y del nueve de mayo de dos mil uno número STS-774/2001, el Blanqueo de Capitales basado en indicios debe de reunir tres pilares fundamentales: 1. El incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que, por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones, y tratarse de efectivo, pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias. 2. La inexistencia de negocios lícitos que justifiquen ese incremento patrimonial o las transacciones monetarias 3. La constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes, o con personas o grupos relacionados con ellas."

CONDUCTA DESCRIPTIVA DEL TIPO PENAL RECAE EN LA OCULTACIÓN O CAMUFLAJE DEL DINERO ILÍCITO PERCIBIDO

"No obstante lo anterior, en una etapa inicial como se ha reiterado y sobre todo para tener probabilidades positivas sobre la existencia del delito y la participación delincuencial de los imputados en el delito de Lavado de Dinero y Activos, se valoran indicios, y precisamente entre esos indicios tenemos la declaratoria del testigo protegido clave […], que en mayor énfasis que con el caso del imputa-

do […], de la siguiente manera: Que el contador de la empresa […], provenientes de las cuentas bancarias creadas en el Banco […], fue en concepto de cobro de deuda en el exterior a nombre de la sociedad […], manifestando además que ese no es el giro comercial de la referida sociedad, y que el dinero proviene de la partida secreta de casa presidencial.

Lo anterior denota de parte del señor […] un conocimiento previo de las actividades ilícitas que se realizan a través de la empresa en la cual este ejercía el cargo de contador, teniendo bajo sus funciones revisar y firmar los balances contables de la empresa […], durante los años en que ingresaron las cantidades de dinero, provenientes de las cuentas del Banco […], que a su vez habían sido desviadas directamente de las cuentas del Tesoro Nacional, sin ninguna justificación y disfrazando su ingreso, ocultando su origen ilícito para introducirlos al sistema financiero nacional y camuflar su ilegalidad, dentro del reporte de los libros contables que llevó la Sociedad en comento, para luego desviar dichos fondos y dirigirlos a cuentas de las sociedad propiedad del grupo de […], entre otras sociedades que aparecen a la fecha de los hechos reactivadas para captar dichos fondos, representadas legalmente por los imputados […].

Entonces, la declaración del testigo protegido clave […], más que un elemento indiciario determinante para tener probabilidades positivas sobre la existencia del delito y la participación del señor […], es crucial para por lo menos en esta etapa indiciaria, tener por establecido el dolo o conocimiento previo con el que actuó el señor […], en su calidad de contador y a sabiendas de que dichas cantidades de dinero no respondían a ninguna prestación o giro comercial a la cual dicha sociedad se dedica para justificar su procedencia. Entonces, no solo existe aparentemente encubrimiento de una actividad ilícita, sino que se recae en la conducta descriptiva del tipo penal relativa a la ocultación o camuflaje del dinero ilícito percibido; precisamente cuando el imputado intenta justificar que dichos ingresos contables registrados a favor de la sociedad en comento, son en razón de cobro de deuda en el exterior a nombre de la sociedad […], y que los mismos puede circular válidamente en el sistema financiero y ser re-dirigidos a otras cuentas particulares de sociedad que son representadas por los ahora procesados."

FASES CONSTITUTIVAS QUE PERMITEN LA MATERIALIZACIÓN DEL TIPO PENAL

"Al respecto la doctrina señala, que el objetivo último del dinero ilícito, a través del blanqueador, es conseguir su entrada en el circuito financiero y económico legal, de manera que tal dinero aparezca ante cualquier instancia, sea pública o privada, como perfectamente legal y fuera de sospecha alguna. El objetivo del blanqueador es mover el dinero por el sistema financiero, económico o comercial y transferirlo posteriormente a la economía ya en forma legal; la serie de operaciones a realizar, una o varias en función de las necesidades, persiguen el encubrimiento del rastro del dinero para hacer imposible su localización y su origen.

Como SEGUNDO MOTIVO DE APELACIÓN, se alega por parte de la Defensa Técnica del procesado […], "INEXISTENCIA DEL PERICULUM IN MORA COMO REQUISITO PARA IMPONER LA DETENCION PROVISIONAL", punto

que se resolverá en LOS CONSIDERANDOS DEL VIII AL XII, de la presente resolución.

En cuanto a los imputados […].

Tanto el Licenciado […] han alegado en sus respectivos escritos de apelación, en representación de los imputados […], como PRIMER MOTIVO DE APELACIÓN: "PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN LA IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR. Consecuente VIOLACIÓN DE LOS ARTS. 2 y 15 y 21 CN. y 34 PR.PN. [1998]" así como Arts. 33 #10 y 30 Código Procesal Penal; motivo que por tener idéntica connotación en ambas apelaciones, se resolverá de manera unificada para ambas pretensiones.

En tal sentido, los apelantes, aunque no niegan, en las exposiciones de sus apelaciones, que sus representados percibieron fondos de parte de las sociedades […], representadas legalmente por el señor […], representada legalmente por el señor […], alegan que todos esos fondos percibidos de parte de las cuentas del Banco […], que fueron sustraídos ilegalmente de la Cuenta Institucional Subsidiaria del Tesoro Público de Presidencia de la República, número **********, YA PRESCRIBIERON a la fecha en que se interpuso el respectivo requerimiento fiscal, ya que en la mayoría de los casos las ultimas remesas se efectuaron entre los meses de abril a julio de dos mil siete, presentándose el requerimiento fiscal hasta el mes de noviembre de dos mil diecisiete; pidiendo además que se hiciera una aplicación del Código Penal Derogado, precisamente en cuanto al art. 31 numeral 4°, que establecía un techo máximo para el plazo de la prescripción no puede superar los diez años.

Esta Cámara considera y comparte que efectivamente la figura de la prescripción opera para garantizar la seguridad jurídica, y la aplicación de la legislación solicitada podría efectuarse en casos de favorabilidad de ley para los imputados mencionados; sin embargo, se toman en consideración varios aspectos que no fueron resueltos por la juez a quo. En tal sentido, el delito de lavado de dinero y activos, es un delito complejo, que requiere dentro de su materialización una serie de actividades.

Estas operaciones de blanqueo pueden efectuarse de forma aislada e individual o formar parte de un esquema de blanqueo que comprende una serie de fases o etapas concatenadas con el objetivo último de alejar el dinero del delito precedente y dificultar su rastro y relación.

La integración de los capitales ilícitos requiere, en ocasiones, de una combinación de operaciones, transacciones comerciales y financieras, incluidos actos de aseguramiento de la propiedad, que encubran la procedencia del dinero.

Primero, se requiere de la simulación de licitud de las operaciones realizadas, el encaje en el sistema financiero del dinero a blanquear debe hacerse de forma simulada a través de constantes operaciones, transferencias, cambios de dominio continuos, todos ellos simulados con el ánimo de borrar el origen del dinero; a continuación, es necesaria la entrada de los capitales en el flujo comercial o financiero a través de compras por cuenta de empresas ficticias, inversiones inmobiliarias, compra de activos financieros, colocación en privatizaciones o en la financiación de obras públicas; por último, nos encontramos con un capital ya perfectamente legalizado en forma de inversiones, adquisiciones o detentación de activos que se mantendrán o liquidarán en función de las necesidades

de liquidez o permanencia a la espera de obtener las rentabilidades buscadas o los objetivos propuestos, esta etapa representa ya el dinero blanqueado dotado de una legitimación jurídica.

Entonces según lo anterior, podríamos decir que el delito de Lavado de Dinero y Activos no es un hecho aislado, sino que tiene una serie de fases. La primera fase sería la de introducción, inserción o colocación del efectivo en el sistema financiero. La segunda fase, sería la conversión, transformación, encubrimiento o estratificación de los capitales o activos adquiridos ilegalmente. Y la tercera y última fase, sería de integración o inversión, con la que se pretende el asentamiento de los capitales integrados en la economía oficial. En esta etapa se mezcla el capital lícito con el ilícito de una persona, entendido el mismo como uno solo.

Por lo que analizado lo anterior, el presente caso, y en relación a las sociedades […], representada legalmente por el señor […], estas realizaron una serie de actividades comprendida en los verbos rectores del delito de Lavado de Dinero y Activos referentes específicamente a ser depositarios de los fondos ilegales provenientes de las cuentas del Banco […] a nombre del señor […], anteriormente señaladas, y de la Sociedad […], y que se ubica presuntamente en las primeras dos etapas del blanqueamiento de dinero expuesto anteriormente. Sin embargo, estas fases como se dijo anteriormente tienen un fin ulterior que es la trasformación de este capital ilícito en lícito, que se conoce como "el blanqueamiento de capitales".

Para tales efectos, tenemos que las sociedades mencionadas remesaron posteriormente en su gran mayoría estos fondos percibidos a cuentas de sociedades propiedad del grupo […], relacionadas directamente con el ex presidente de la República […] es el Representante Legal y accionista mayoritario con el noventa y nueve punto seis por ciento de las acciones, las cuales se hicieron sin mediar algún tipo de justificación, existiendo además el indicio que varias de las sociedades mencionadas fueron reactivadas al momento en que se dieron estas transacciones millonarias, lo que hace presumir que efectivamente se re-activaron con fines de instrumentalizar la configuración del delito. Entonces estas actividades que se realizan posteriormente a captar los fondos de procedencia ilícita, que consisten en una serie de transferencias y se realizaron posteriormente a los […], son parte de la culminación de la tercera fase del delito, según se explicó anteriormente, es lo que permite determinar que no estamos ante un acto aislado, o simple, sino que se trata de un delito complejo que requiere de distintas fases para su materialización, entendidas las actividades realizadas como un todo, desde el primer acto doloso."

INOPERANTE APLICAR LA PRESCRIPCIÓN EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES, DEBIDO A QUE TIENE UNA SERIE DE FASES CONCATENADAS Y SISTEMATIZADAS PARA SU CONFIGURACIÓN

"La doctrina al respecto señala, que estaríamos en casos como el presente, ante la presencia de un Dolo de Continuación. Este tipo de dolo surgió como respuesta a las críticas que generaba la teoría del dolo total. Requiere que en cada acción el autor renueve su decisión anterior, al punto de erigir una suerte de

hilo psíquico permanente. En Alemania, el autor Hans Welzel lo ha denominado como unidad de conducción de vida punible. Para dicho autor, “el fundamento determinante de la unidad del delito en este caso, no es el dolo común unitario, sino el aprovechamiento semejante de la misma oportunidad o de la misma relación permanente”. Además se estaría ante la presencia de actos en plural lo que significa que dentro de esos actos cabe abarcar todos los actos que el sujeto activo realice por complejos que sean y todos ellos deben ser valorados como un comportamiento único, es decir, en realidad el legislador haya establecido una unidad jurídica de acción, de la que deducir que una conducta plural y compleja realizada por el sujeto activa, deba ser considerada como un solo delito.

En el delito de blanqueo de capitales, según sentencias emitidas por el Tribunal Superior Español (SSTS 974/2012, de 5-12 , y 257/2014, de 1-4 , que a su vez se remiten a las sentencias 519/2002, de 22-3;986/2004, de 13-9;595/2005, de 9-5; y 413/2008, de 20-6), se establece que: estamos en presencia de “tipos que incluyen conceptos globales”, es decir, hechos plurales incluidos en una única figura delictiva, lo que obliga a considerar que una variedad de acciones punibles de contenido semejante no constituyen un delito continuado sino una sola infracción penal.

El delito de blanqueo se ejecuta en la práctica mediante actos reiterados, de modo que los capitales de procedencia delictiva se incorporan generalmente al mercado lícito de forma discontinua y fraccionada con el fin de no levantar sospechas.

Por último, para un entendimiento correcto de la regulación legal no se puede olvidar que la finalidad de la conducta criminal es conseguir que bienes de origen ilícito puedan ingresar en circuitos económicos legales sin que se detecte su origen (personas y lugares) y naturaleza (ilicitud concreta), o ayudar a quienes pretendan tal fin. Por lo tanto, lo ordinario será que no exista prueba directa y palmaria del blanqueo sino que éste deba quedar acreditado por vía indirecta o indiciaria, tal como ha sucedido en el caso concreto.

En conclusión, no opera la prescripción en el presente caso, ya que como se acotó anteriormente no se trata de la continuación de un delito de Lavado de Dinero y Activos, sino de la materialización concatenada y sistematizada de un delito que tiene una serie de fases para su configuración, entendido este como un todo unitario desde el momento que el mismo comienza a ejecutarse hasta el momento en que se realiza la acción ulterior que es mezclar el capital ilícito con el lícito.

Estas acciones atribuibles a los imputados […], trascienden al momento en que las sociedades que representan captan los fondos de origen ilícito en sus cuentas, ya que si bien esta captación cesa en los meses de abril y julio de dos mil siete según las sociedades y números de cuentas, posteriormente a este acto, se da la redirección del dinero, que no es más que la última fase del delito de blanqueo de capitales, donde el sujeto activo se presta para transformar el capital ilícito en lícito, realizando cualquiera de los verbos recortes que contempla el tipo penal atribuible para tales fines. Entonces, se concluye para el caso concreto, la intención de las sociedades mencionadas no solo quedó en un beneficio de enriquecimiento de carácter ilícito con el dinero percibido, sino que trascendió a una tercera etapa del delito, en la que el dinero percibido, iba a ser integra-

do dentro del sistema financiero al ser transferido al patrimonio de particulares como etapa final y objetivo primordial del delito de lavado, según se analizó."

DERECHO INTERNACIONAL CONSIDERA QUE ESTE TIPO PENAL DEBERÍA SER CONSIDERADO DE LESA HUMANIDAD Y PERSEGUIBLE EN CUALQUIER PARTE DEL MUNDO, POR EL HECHO DE PONER EN RIESGO A LAS INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS Y LA ESTABILIDAD DE LAS NACIONES

"En cuanto al segundo punto alegado por parte de los apelantes Licenciados […], en que no se valoraron indicios para tener probabilidades positivas sobre la existencia del delito y la participación de los imputados […], efectivamente se cuenta dentro del procedimiento inicial con una serie de elementos entre los cuales se menciona informes bancarios certificados, de las remesas recibidas a favor de las sociedades […], representada legalmente por el señor […], así como análisis financieros que comprueban que estas empresas recibieron remesas de fondos que se hicieron de parte de las cuentas del Banco […], que fueron sustraídos ilegalmente de la Cuenta Institucional Subsidiaria del Tesoro Público de Presidencia de la República, número **********, sin justificación alguna, y las cuales posteriormente fueron traspasadas casi inmediatamente a cuentas de sociedades propiedad del grupo […] de quien ya se dijo aparecen como principales representantes los señores […], tomando en cuenta, que dichas operaciones bancarias de lavado, le dejaron a los blanqueadores un enriquecimiento en su patrimonio de carácter ilícito, que comprende la última fase del delito, y que es considerada como un todo unitario, perseguible hasta la fecha.

Como SEGUNDO MOTIVO DE APELACIÓN, tanto el Licenciado […], han alegado en sus respectivos escritos de apelación, "FALTA DE FUNDAMENTACIÓN" de la resolución; punto que se resolverá en el CONSIDERANDO XIII de la presente resolución.

CONSIDERANDO VII. (CONCLUSIÓN APARIENCIA DE BUEN DERECHO)

En conclusión se puede determinar que tanto para los imputados presentes […], indiciariamente se tienen probabilidades positivas sobre la existencia y participación de los mismos en el delito de LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS, previsto y sancionado en el Art. 4 de la LEY ESPECIAL CONTRA EL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS, ya que no participaron en el delito precedente o hecho generador, pero indiciariamente persiguieron un nuevo hecho lucrativo en sí mismo, lesionando el bien jurídico protegido por este delito de lavado de activos, que al sobrepasar la condición objetiva de punibilidad, pueden ser objeto de imputación separada. No se trata de un auto-encubrimiento que han realizado a través de la comisión de un nuevo delito, ni se trata de doble juzgamiento, sino por el contrario, de la existencia de un hecho delictivo autónomo, independiente, y punible, que radica en actividades de ocultación de capitales de ilícita procedencia, que a la fecha no han sido justificados; no existiendo a su vez, en la resolución objeto de alzada, falta de fundamentación o motivación para sustentar la decisión en cuanto a la apariencia de buen derecho.

CONSIDERANDO VIII. PELIGRO DE FUGA (PERICULUM IN MORA).

Por otro lado, y como segundo elemento para la procedencia de la interposición de la medida cautelar de la detención provisional, se encuentra lo que doc-

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

En tal sentido deben de tomarse en cuenta algunos de los elementos objetivos y subjetivos que rodean las circunstancias particulares de cada uno de los imputados como son: arraigos domiciliares, laborales, personales, que comprueben residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar el país o permanecer ocultos. La falsedad o falta de información sobre el domicilio de o los imputados constituye presunción de fuga; la pena imponible en una hipotética condena, la importancia del daño que debe ser resarcido y la actitud que voluntariamente adopta el imputado ante el mismo; el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal.

Para la aplicación de las medidas de coerción es necesario que existan suficientes elementos de prueba para sostener, razonablemente, que el procesado es con probabilidad autor o cómplice del delito que se le imputa; existe peligro de fuga, según los criterios desenvueltos precedentemente, y naturalmente que el tipo penal esté sancionado con pena privativa de libertad.

El Lavado de Dinero y Activos, es una conducta que responde al modus operandi del crimen organizado, además es una conducta de trascendencia internacional. En la actualidad son considerados como parte de la denominada criminalidad organizada, la misma que traspasa las barreras nacionales; creándose una maquinaria que lesiona, especialmente, los aspectos económicos y financieros del Estado.

CONSIDERANDO IX. ARRAIGOS (ELEMENTOS SUBJETIVOS)

A continuación se analizan los elementos subjetivos del peligro de fuga en torno a cada uno de los imputados en comento, respecto a los arraigos presentados por la defensa técnica de los procesados en comento durante la celebración de la respectiva audiencia inicial.

A) En cuanto al procesado […], se adjuntaron durante la celebración de la audiencia inicial, para su respectiva valoración, los siguientes arraigos: […].

CONSIDERANDO X. (ELEMENTOS OBJETIVOS).

En primer lugar, se analiza que existe prioridad mundial por erradicar este tipo de delitos, que propician el flujo de capitales ilegales de parte de las estructuras delictivas sumamente organizadas, que vician el sistema financiero de cada país, aumentando los índices de violencia y delincuencia, ya que el lavado de dinero es un delito que siempre es precedido, como se ha explicado anteriormente, por otros delitos complejos, y su existencia genera incertidumbre en el orden socioeconómico de la sociedad, alterando el libre mercado, la libre com-

petencia, la sana economía, contamina las instituciones financieras, etc., causa una desestabilización del sistema estatal y vulnera por consecuencia la sociedad misma. Tanto así que el derecho internacional ha tratado de elevar el combate de esas figuras delictivas al grado de considerar que las mismas deshumanizan a la sociedad, y por ende ante esas características de actos en masa y sistematización que pueden llegar a concebirse como delito de lesa humanidad hasta cierto punto perseguibles en cualquier parte del mundo e imprescriptibles por el transcurso del tiempo.

Es importante considerar que el delito de lavado es un crimen no tradicional y que es la forma que tiene la criminalidad organizada para sustentar sus actividades ilícitas en el ámbito trasnacional. A partir de las enormes e incalculables sumas de dinero que maneja el crimen internacional, se ocasiona un daño continuo a la economía no solo de los Estados sino a la Comunidad Internacional. A esto debe sumarse el hecho de que el dinero que lavan las organizaciones criminales les permite lograr impunidad y sobornar a funcionarios públicos. Se ha dicho por eso que este tipo de crímenes constituye delitos de lesa humanidad, al poner en riesgo a las instituciones democráticas y la estabilidad de las naciones.

Debe tenerse presente que el injusto cometido, hacer ingresar al mercado legal, de manera dinámica, una cantidad importante de bienes, muebles e inmuebles, saneando de esta manera su origen ilícito, repercute en la toda la comunidad, ya que las consecuencias nocivas que lleva consigo el delito de lavado de activos implica un proceso mediante el que se introducen ganancias provenientes del narcotráfico y de otras actividades delictivas –contrabando, tráfico de armas, trata de personas, terrorismo, corrupción, etc.- que repercute en toda la sociedad, que se ve debilitada su administración de justicia, su sistema socio-económico y financiero, así como su sistema democrático. Es que "...el lavado de dinero ha adquirido una envergadura desmesurada, convirtiéndose en un peligro potencial y de orden universal, provocando fisuras en el sistema financiero y comercial, ya que su normalidad se ve alterada por la entidad cuantitativa de tales ingresos ilícitos que van ingresando de manera permanente en el circuito financiero internacional, provocando alteraciones en su estabilidad. La seguridad financiera se ve conmocionada con las consecuencias de orden interno que generan."

PROCEDE CONFIRMAR DETENCIÓN PROVISIONAL CUANDO EXISTEN LOS ELEMENTOS PROBATORIOS SUFICIENTES

"En consecuencia, el legislador al establecer una Ley Especial para tipificar y sancionar conductas relativas al Lavado de Dinero y Activos, crea los medios legales para combatir este flagelo que criminaliza las sociedades, dándole prioridad al combate y de estas actividades y siendo severo en sus penalidades.

Por otro lado, el delito de blanqueo de capitales tutelan bienes jurídicos supraindividuales o colectivos. Desde una visión genérica, el orden socioeconómico, y dentro de éste los intereses concretos susceptibles de ser tutelados materialmente por el sistema punitivo. Entre otros, el interés del Estado en controlar el flujo de capitales procedentes de actividades delictivas ejecutadas a gran escala

y que pueden menoscabar el sistema económico, afectando también al buen funcionamiento del mercado y de los mecanismos financieros y bursátiles.

El Art. 4 de la Ley de Lavado de Dinero y Activos contempla una sanción para las acciones y conductas descritas en dicho precepto legal de una PENA DE PRISIÓN que va comprendida de CINCO A QUINCE AÑOS y multa de cincuenta a dos mil quinientos salarios mínimos mensuales vigentes para el comercio, industria y servicios al momento que se dicta la sentencia correspondiente. Siendo esta una penalidad severa dada la gravedad del ilícito cometido, por toda la connotación que gira en torno al mismo.

En segundo lugar, aunado a los razonamientos hechos anteriormente, y en atención al principio de legalidad, según lo dispuesto precisamente en el inciso segundo del Art. 331 Pr. Pn. y art. 27 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, se establece taxativamente que NO se sustituirá la medida de la detención provisional por cualquier otra medida distinta para todos aquellos delitos comprendidos en la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos; sin embargo se aclara por esta Cámara, que la prohibición antes mencionada para revocar la medida cautelar de la detención provisional por otras menos gravosas cuando se trate de delitos como los que se le imputan a los procesados, no opera de forma automática, y que cada caso debe ser valorado particularmente.

Al respecto se citan las sentencias de Hábeas Corpus proveídas por la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de referencias: 9V94, 18A96, 3H96, 6B96, 3C96, entre otras, convergen sobre lo mismo. En ellas se resumen que: "... Así comprendida la detención provisional, esta no puede nunca constituir la regla general de los procesos penales circunstancia además expresamente prohibida en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por lo que la misma, no puede funcionar automáticamente por la sola concurrencia de los datos objetivos que contempla el artículo 331 inc. 2° Pr. Pn.; sino que debe existir una valoración del Juez, específica y propia de cada caso, que estime la necesidad y conveniencia de dictar la detención provisional; y es que, como limitación de la libertad individual de un inocente, la detención provisional sólo puede justificarse en la medida que sea imprescindible y necesaria para la defensa de bienes jurídicos fundamentales…".

CONSIDERANDO XI. ANALISIS DEL PELIGRO DE FUGA AL CASO CONCRETO.

Para el caso del imputable […], los arraigos analizados en su mayoría no permiten determinar o establecer un domicilio certero, por cuanto este cuenta con varias residencias a su nombre, sin haberse comprobado en el proceso en cuál de todas ellas reside. Por otro lado, en su registro migratorio se puede verificar que es una persona que en los últimos años previos a la imputación del delito de lavado de dinero, realizaba reiteradamente viajes al exterior, encontrando dentro de los destinos países como […], lo que pudiese convertirse en un elemento objetivo de fuga ante la actual imputación, ya que el indiciado tiene los medios económicos suficientes e influencias para poder huir a cualquiera de estos países una vez se le conceda la libertad ambulatoria y de esta manera evitar el procedimiento que se sigue en su contra.

Para el caso del imputable […], no se ha comprobado un arraigo laboral, ya que si bien se señala mediante declaración jurada que ayuda a sus hijos

económicamente, para sufragar gastos de su educación, no se comprueba un trabajo directo, o una fuente para verificar de donde provienen esos ingresos económicos.

Para el caso del imputable […], existen ingresos que se han tratado de acreditar que provienen de Cooperativas de Corte y Zafra de Caña de Azúcar, pero que en varios de los pasajes no se logra extraer la relación entre el imputado y esos ingresos, cómo los obtiene, bajo qué calidad los obtiene, ya que únicamente aparece como representante legal de las empresas, pero esos no justifica la razón para la obtención directa de esos ingresos.

Finalmente para el caso del imputable […], en cuanto a los arraigos laborales, se puede verificar que si bien se hacen constar unos ingresos que este percibe como representante legal, se deja en claro, que estos ingresos provienen de las sociedades intervenidas e imputables en el presente caso, por tanto, es cuestionable esta situación para poder tener por acreditado que los ingresos que ahí se detallan son lícitos o verdaderos, y por tanto, no se pueden tomar en cuenta en este momento para tales efectos.

En conclusión, no obstante lo anterior, si bien en la mayoría de los casos, se tienen otro tipo de arraigos familiares, domiciliares y laborales a favor de los imputados […], como para los imputados ausentes […], debemos de analizar que el "Periculum In Mora" está compuesto de una serie de elementos que no solo radican en el aseguramiento o presencia de los imputados en el procedimientos y actos propios del mismo.

Al respecto, la doctrina señala que el "periculum in mora" se compone de dos tipos de peligro: el peligro de fuga y el peligro de obstaculización. El primer peligro, se traduce en la función cautelar de la prisión preventiva, mientras que el segundo se traduce en la función aseguratoria de la prueba –distinta de la propiamente cautelar- de dicha medida provisional. En base a esta aseveración, doctrinalmente se reconocen tres posturas válidas. La primera de carácter restrictivo, considera que el peligro procesal solamente comprende el peligro de fuga. La segunda de carácter intermedio, amparada en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha señalado respecto al contenido del peligro de fuga que: "se reconocen cinco elementos valorativos: 1) gravedad del delito; 2) naturaleza y caracteres del mismo; 3) circunstancias del delito vinculadas a la individualización de la pena; 4) circunstancias del imputado –referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes-; y 5) conducta anterior y posterior del delito (arraigos); y la tercera propia del modelo de prevención radical de incorporar nuevos supuestos de peligro procesal, como por ejemplo: la reiterancia, la gravedad de la pena, criterios personales del procesado, factores morales o cuestiones de orden público, etc.

Nuestra legislación procesal penal reconoce o adopta la segunda postura de carácter intermedio, amparado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que sobre la prisión preventiva, en el artículo 9°.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, luego de enfatizar que la prisión preventiva no debe ser la regla general, condiciona la libertad del imputado al aseguramiento procesal del mismo a los efectos de su asistencia al proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo. Así mismo, la Comisión

Europea de Derechos Humanos autoriza la privación de la libertad cuando existan indicios racionales de que el imputado ha cometido una infracción, o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido. En igual sentido, se pronuncian los principios aprobados por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, al establecer: "solo se ordenará la prisión preventiva cuando existan razones fundadas para creer que las personas que se trata han participado en la comisión de un presunto delito y se tema que intentarán sustraerse o que cometerán otros delitos graves, o exista el peligro de que se entorpezca seriamente la administración de justicia si se las deja en libertad".

En el presente caso, es justamente este peligro de entorpecimiento del procedimiento el que existe inminentemente, ya que se toman en cuenta varios aspectos que giran en torno a los procesados.

En primer lugar, el caso está ligado a un proceso emblemático que inclusive pudiere calificarse como histórico en el país, denominado "Destape a la Corrupción" que intenta comprobar el nivel organizado de delincuencia enquistado en las Dependencias Institucionales para sustraer al Estado millonarias cantidades de dinero.

En segundo lugar, este caso también está ligado a varios exfuncionarios, lo que indica que todos los procesados tienen los contactos y recursos suficientes para influir negativamente en la investigación, una vez se encuentren en libertad. La doctrina señala que se tiene que apreciar una determinada capacidad razonable de influencia que el imputado pueda tener en testigos, peritos y coimputados. El juez debe, por tanto, llegar a la convicción de que el imputado tiene una auténtica voluntad y capacidad para influir directamente o por medio de otros en los sujetos que deben declarar o emitir sus informes en el proceso.

En el presente caso, esta valoración no es subjetiva ya que se ha comprobado que todos los imputados tienen suficientes recursos de índole económicos, políticos, sociales, etc., para influenciar en testigos, peritos y coimputados, coaccionar o evitar su comparecencia, y en última instancia darse a la fuga.

Para el caso de los imputados ausentes […], a la fecha no se conoce su paradero, no se presentaron a la audiencia inicial, ni señalaron a través de sus abogados domicilio para localización; en tal sentido, no existe su buena voluntad de comparecer a futuras convocatorias dentro del procedimiento, por lo que se materializa el peligro de fuga.

En último lugar, los argumentos dados por la Cámara Primera de lo Penal de San Salvador, en sentencia de referencia 128 - DP - MS 2017, que ha sido mencionada por los impetrantes, no es vinculante con este caso, por la independencia judicial y de criterios que existe entre cada tribunal. Por otro lado, en este caso, no se les vincula indiciariamente a los procesados únicamente por fungir como representantes legales o administradores únicos de las sociedades mencionadas en el flujo de capitales ilícitos, sino que se valora la circunstancia particular que todos estos tenían única y exclusiva autorización para manejar las cuentas bancarias de las sociedades vinculadas a su favor, lo que en primer momento evita la concurrencia de una responsabilidad objetiva, siendo este un indicio incriminatorio que deberá reforzarse a lo largo de la investigación.

CONSIDERANDO XII. (CONCLUSIÓN DEL PELIGRO DE FUGA)

Y no obstante, esta Cámara reconoce el principio de excepcionalidad y se valora lo prescrito en el Art. 144 de la Constitución de la República, en concordancia con el Art. 7.5 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Art. 4.1 de las Reglas Mínimas de la Detención Provisional conocidas como Reglas de Tokio, Tratados de Carácter Internacional ratificados por El Salvador, en los cuales se ha dejado claro que la detención provisional no es la regla general, y que la libertad de los procesados podrá estar subordinada a garantías que aseguren su presencia al juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo; concluye esta Cámara finalmente, que la excepcionalidad de la detención provisional no puede aplicarse forzosamente en todos los delitos y como una constante, puesto que el citado principio de excepcionalidad no implica que en todo delito, sin distinción alguna, proceda la sustitución de la detención provisional sólo porque la normativa internacional así lo indique.

Por lo que en atención a los argumentos expuestos anteriormente y sobre la base del principio de legalidad y comprendido en el Art. 331 numeral 2° Pr. Pn., y 27 de la Ley de Lavado de Dinero y Activos, en cuanto a que existe una prohibición predeterminada por el legislador para otorgar la libertad al o los imputados en delitos graves, como el previsto en el caso concreto, que a su vez está vinculado con los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, y el hecho que hasta la fecha no se tiene una certeza o aseguramiento de la finalidad que se persigue con la imposición de medidas alternas a la detención provisional en contra de los procesados, siendo que el proceso se encuentra en una etapa inicial, es procedente confirmar la DETENCIÓN PROVISIONAL impuesta en contra de los imputados presentes […], como para los imputados ausentes […].

CONSIDERANDO XIII FALTA DE FUNDAMENTACIÓN.

En todas las apelaciones, como segundo punto impugnativo, los abogados defensores de los referidos imputados alegaron que en la resolución de la juez a quo, concurre el vicio por falta de fundamentación que vulnera lo establecido en el Art. 334 numeral 3) del Código Procesal Penal, referente al fundamento del peligro de fuga de los procesados en comento, por cuanto existen suficientes arraigos de cada uno de ellos para tener por superado el mismo.

Este Tribunal de Alzada considera que estamos en una etapa inicial, y que en la audiencia cada una de las partes tuvo su oportunidad procesal para intervenir y exponer sus alegatos, por tanto, se dio una inmediación durante la celebración de la audiencia inicial que junto al principio de contradicción, oralidad, debido proceso, permitió a la juzgadora a quo, resolver los alegatos expuestos por cada una de las partes, solventando además cada uno de los incidentes y peticiones hechas por las partes durante el desarrollo de la audiencia, y por tanto, no puede considerarse que falte fundamentación en la exposición de motivos que se hicieron constar en el acta de audiencia para cada uno de los imputados relacionados en los escritos de apelación respectivos como lo sostienen los defensores particulares de los referidos imputados.

Por lo que se cumple con el requisito de fundamentación de la decisión jurídica, ya que para tales efectos no es necesario realizar grandes relatos, basta con relacionar los elementos indiciarios fácticos y jurídicos que dan lugar a tal fallo para que se tenga por cumplido dicho requisito, así como la situación particular de los imputados, que permite proyectar en este caso concreto, la apariencia de buen derecho y el peligro de fuga, que se deduce de la gran cantidad de elementos indiciarios, por un lado, que permiten tener por establecido probabilidades positivas de la existencia del delito y la participación de todos los imputados en la comisión del mismo, así como de la posibilidad de obstruir la investigación, pues este hecho delictivo se produce en el marco de un delito de corrupción, en donde no basta con acreditar formalmente los arraigos ordinarios, sino que debe de exigirse mayores precauciones para garantizar la presencia de los imputados a todos los actos del procedimiento, mientras dure el mismo.

CONSIDERANDO FINAL

Se aclara que la resolución es emitida hasta esta fecha dada la suspensión que sufrió el procedimiento por la excusa presentada ante la Sala de lo Penal por parte de la Magistrada Suplente […], y la posterior designación del Magistrado Suplente Licenciado […] para suplirla en el cargo, mediante resolución de la Sala de lo Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, de las ocho horas y veinte minutos del día veinticuatro de enero de dos mil dieciocho, que fuese remitida a este Tribunal hasta el día cinco de los corrientes."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-311-17, fecha de la resolución: 08/02/2018

LIBERTAD CONDICIONAL

PROCEDE CONFIRMAR LA RESOLUCIÓN QUE OTORGÓ EL BENEFICIO POR EL DELITO DE SECUESTRO, POR SER FACULTAD DEL JUEZ

"Analizados, que han sido los autos sometidos a nuestro conocimiento y en atención a los razonamientos vertidos, tanto por el señor Juez Suplente del Juzgado Segundo de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de Santa Ana, como por el recurrente, y el defensor público, no habiendo advertido esta Cámara nulidad o vicio ilegal alguno que afecte el normal desarrollo del proceso, los suscritos Magistrados, resolveremos únicamente respecto al punto apelado, haciendo las siguientes consideraciones:

1.-) La representación fiscal ha planteado como único motivo de apelación, la disconformidad, en cuanto a que el señor Juez suplente del Juzgado Segundo de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de Santa Ana, aplicó el Art. 149 CP derogado, para conceder a la interna [...], el beneficio de la Libertad Condicional Ordinaria, sin considerar que tal normativa había sido reformada por medio del Decreto Legislativo No. 486 de fecha 18 de julio de 2001, y publicado en el Diario Oficial No. 144, Tomo 352 de fecha 31 de julio de 2001, que establece que el delito de Secuestro, no puede gozar del beneficio de la Libertad Condicional Ordinaria o Anticipada, la cual estaba vigente al momento en que se dictó la Sentencia Definitiva Condenatoria, por lo que, de

conformidad a lo "ordenado por el Art. 459 CPP, sobre ese punto, se pronunciará este Tribunal.

II.-) Al respecto, esta Cámara considera, con relación al delito de Secuestro, regulado en el Art. 149 CP, derogado, que dicha disposición fue reformada, la primera vez, por medio del Decreto Legislativo No. 280 de fecha 08 de febrero de 2001, publicado en el Diario Oficial No. 32, Tomo 350 de fecha 13 de febrero de 2001, que establece: """El que privare a otro de su libertad individual con el propósito de obtener un rescate, el cumplimiento de determinada condición, o para que la autoridad pública realizare o dejare de realizar un determinado acto, será sancionado con pena de veinte a treinta años de prisión""(Sic); y la segunda reforma fue promulgada por medio de Decreto Legislativo No. 486 de fecha 18 de julio de 2001, publicado en el Diario Oficial No. 144, Tomo 352 de fecha 31 de julio de 2001, el cual dispone: El que privare a otro de su libertad individual con el propósito de obtener un rescate, el cumplimiento de una determinada condición, o para que la autoridad pública realizare o dejare de realizar un determinado acto, será sancionado con pena de treinta a cuarenta y cinco años de prisión, **en ningún caso podrá otorgarse al condenado el beneficio de libertad condicional o libertad condicional anticipada**."""(Sic el resaltado es nuestro), cuya última reforma a la que el legislador agregó la prohibición de beneficios para el condenado.

III.-) Al respecto, el Código Penal derogado, contempla lo concerniente a la temporalidad de la aplicación de la ley penal, el cual en su Art. 12 CP, dispone: El hecho punible se considera realizado en el momento de la acción o de la omisión, aún cuanto sea otro el tiempo del resultado... """(Sic); así como también el Art. 13 CP, establece: """Los hechos punibles serán sancionados de acuerdo con la ley vigente en el tiempo de su comisión... """(Sic), por lo que resulta que la normativa aplicable, será la que esté vigente al momento de cometerse los hechos, cuyas disposiciones están en concordancia a lo dispuesto en la normativa constitucional, en sus Arts. 15 y 21, los cuales respectivamente establecen: """Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley. """(Sic), y """Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuanto la nueva ley sea favorable al delincuente... """(Sic), y es que la irretroactividad a que se refiere esta última disposición, se refiere a que los actos realizados, con la ley derogada, ya no podrán ser atacados, generalmente, por disposiciones contenidas en una nueva norma, sino solamente cuando se trata de "materias de orden público" y cuando sea una "ley más favorable al reo", para que se garantice la Seguridad Jurídica, puesto que son actos ya ejecutados y que han causado sus efectos.

IV.-) A este respecto, la Sala de lo Constitucional, de la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha dicho en el proceso de Amparo número 385-2010, cuya sentencia fue dictada el día siete de junio de dos mil trece, que: """Con relación al principio de *irretroactividad de las leyes,* se explicó que, de forma expresa o tácita, todas las disposiciones jurídicas se refieren a intervalos temporales tanto en el supuesto y en la consecuencia. (---) Así, el ámbito temporal abstracto de una disposición debe coincidir con el momento en que acontece la acción que habilita su aplicación, de manera que todo lo que ocurra fuera de ese ámbito se

considere irrelevante para aquella. Por tanto, a efecto de establecer si determinado supuesto de hecho es merecedor de la consecuencia jurídica prevista en una disposición, es necesario establecer en qué momento es realizada la acción y el intervalo de tiempo al que la primera se refiere.”“““(Sic).

V.-) Ahora bien, en el caso concreto, resulta que el recurrente sostiene que al Art. 149 CP derogado, debe aplicarse la reforma que estaba vigente al momento de dictarse la Sentencia Definitiva, que es el Decreto Legislativo No. 486 de fecha **18 de julio de 2001,** publicado en el Diario Oficial No. 144, Tomo 352 de fecha **31 de julio de 2001,** que establece la prohibición del goce del beneficio de la Libertad Condicional Ordinaria o Anticipada, lo cual es contrario a lo expuesto anteriormente, en cuanto a que **la ley aplicable, será aquella vigente al momento en que se cometieron los hechos;** por ende, si la señora [..], cometió el ilícito penal, el **día nueve de junio de dos mil uno,** la normativa que se utilizará, es la reforma contenida en el Decreto Legislativo No. 280 de fecha **08 de febrero de 2001,** publicado en el Diario Oficial No. 32, Tomo 350 de fecha **13 de febrero de 2001,** fecha que genera la entrada en vigencia de la norma, la cual al no poseer ninguna prohibición para conceder el beneficio de la Libertad Condicional Ordinaria o Anticipada, el señor Juez suplente, sí está facultado para otorgar el beneficio solicitado; por consiguiente, deberá ser confirmada la decisión por medio de la cual el referido funcionario judicial, del Juzgado Segundo de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de Santa Ana, otorgó el beneficio de la Libertad Condicional Ordinaria a la interna [...], por estar dictada conforme a derecho.”

Cámara Mixta de Tránsito y de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, número de referencia: INC-53-2018-JVPEP-2SA-AP, fecha de la resolución: 17/10/2018

LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

VULNERACIÓN, CUANDO SE DIFICULTE O IMPIDA DE MANERA INJUSTIFICADA EL LIBRE DESPLAZAMIENTO DE UN SITIO A OTRO

“**x.-** En ese orden de ideas, respecto al derecho a la libertad de circulación, la Sala de lo Constitucional en resolución de fechas 5-IV-2005 y 25-IX-2013, Amps. 107-2009 y 545- 2010, señaló: “… *el derecho a la libertad de circulación (art. 5 de la Cn.) como la facultad de toda persona de moverse libremente en el espacio, sin más limitaciones que aquellas impuestas por las condiciones del medio en el que pretende actuar*…”

Por ello, las notas características de este derecho son la acción de movilizarse del sujeto, el ámbito físico en el que pretende desplazarse y la inexistencia de obstáculos que dificulten su tránsito de un sitio a otro. Así, se estará en presencia de una vulneración del derecho a la libertad de circulación cuando se dificulte o impida de manera injustificada a una persona el libre desplazamiento de un sitio a otro. En estos supuestos, a diferencia de los que se deben tipificar como vulneraciones del derecho a la libertad personal, no ocurre una reclusión, encierro o apartamiento físico del individuo. Asimismo, la libertad de elegir residencia y domicilio y de permanecer en el que sea elegido es otra manifestación que se desprende del contenido del art. 5 Inc. 2° de la Cn. De acuerdo con esta facultad

las personas pueden escoger su residencia y su domicilio, cambiarlos cuando así lo decidan y mantenerlos si fuese esa su voluntad. En consecuencia, ninguna persona puede ser obligada a elegir donde establecerse ni a abandonar el lugar que fijen como su residencia, excepto por mandato judicial en los supuestos previstos en la ley. Y es que el arraigo en un espacio geográfico determinado obedece a una necesidad de índole antropológica, que obliga a las personas a establecer un punto fijo en sus vidas cotidianas que les ofrezca seguridad frente a la intemperie y que consideren su hogar. Ese punto fijo en las vidas de las personas es la residencia y por la importancia que reviste para el desarrollo de los proyectos de vida de estas el ordenamiento jurídico le otorga una protección especial mediante el reconocimiento del referido derecho fundamental.

xi.- La ocurrencia de este tipo de fenómenos pandilleriles debe prestárseles atención, pues el hecho de interceptar a la víctima y pretender que abandonen el domicilio mediante violencia, ya no es una situación básica del delito tipo de Amenazas, regulado en el art. 154 Pn, y la agravación especial regulada en el art. 155 N° 2 Pn, no es normal que una persona apologice con organizaciones terroristas, porque éste es un mecanismo por medio del cual concurre el control territorial, facultad atribuida únicamente a las autoridades correspondientes, no es una situación que afecta únicamente la individualidad sino a la colectividad, de ahí que, la acción ejecutada por parte de los imputados se subsume en los verbos rectores regulados en el art. 152-A Inc. Final Pn, que en el caso de estudio, se está en la figura más grave, que la dosimetría penal oscila de ocho a doce años, pues la violencia, intimidación y amenaza sobre las víctimas, fue que tenían que abandonar su lugar de residencia."

Cámara de la Segunda Sección del Centro, número de referencia: INC-212-2018-PN, fecha de la resolución: 19/11/2018

MALTRATO INFANTIL

DIVERSIDAD DE MANIFESTACIONES

"Número 1.- La competencia de esta Cámara de conformidad al Art. 459 CPP., se encuentra delimitada a pronunciarse exclusivamente sobre el o los motivos de apelación expresados por la apelante en su recurso y que han sido admitidos por el Tribunal de alzada; en el caso in examen, la abogada […], ha interpuesto contra la sentencia condenatoria pronunciada por el Tribunal Cuarto de Sentencia de esta Ciudad, un único motivo de apelación, siendo este la inobservancia del Art. 179 CPP., atinente a la inobservancia de las reglas de la sana crítica, respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo, defecto de la sentencia regulado en el Art. 400 No. 5 CPP.

Número 2.- La imputada fue condenada por el delito de Maltrato Infantil, Art. 204 CP., en perjuicio de la integridad de su menor hijo […]. El maltrato en términos generales puede definirse como: "Toda acción, conducta o comportamiento agresivo, a través de distintas formas de expresión, producen daño o menoscaban determinados bienes jurídicos de las personas agredidas (vida, integridad física o psíquica, libertad, moral honor, etc.). Es decir, son comportamientos que se concretan en formas específicas de agresión". (Rodríguez Gómez, citado por

Elena Muñoz Castaño, en "El Delito de Malos Tratos en el Ámbito Familiar. Aspectos Fundamentales de la Tipicidad". Tirant Lo Blanch, 2002, Pág. 109).

Número 3.- Puede afirmarse que el maltrato se puede manifestar en diversas formas, siendo las más comunes: "Malos tratos físicos: es decir cualquier agresión o acto de acometimiento físico que provoque lesión o enfermedad (hematoma, heridas, fracturas, quemaduras, etc) y Malos tratos psíquicos: o lo que es lo mismo, cualquier acto o conducta intencionada que produce desvalorización, sufrimiento o agresión psicológica (insultos, vejaciones, crueldad mental, etc), lo que sitúa a la víctima en un clima de angustia que destruye su equilibrio emocional. (en resumen Muñoz Castaño, Elena, en "El Delito de Malos Tratos en el Ámbito Familiar. Aspectos Fundamentales de la Tipicidad". Tirant Lo Blanch, 2002 pág. 110).

Número 4.- En nuestra legislación penal, el delito de Maltrato Infantil, se introdujo mediante Decreto Legislativo No. 210 de fecha 25 de noviembre del 2003, publicado en el Diario Oficial No. 4, Tomo 362 de fecha 08 de enero del 2004. La finalidad de su introducción como tipo penal, era primordialmente la protección integral de los menores, armonizando con ello, las leyes y tratados que en materia de protección infantil se habían adoptado en nuestro país, ante el creciente abuso físico y emocional hacia los menores de edad en sus relaciones familiares y con la sociedad en general."

DECLARACIÓN TESTIMONIAL RENDIDA POR EL MENOR EN CÁMARA GESELL PERMITE ESTABLECER QUE LAS ACCIONES COMETIDAS POR LA IMPUTADA SON CONSTITUTIVAS DEL DELITO TIPO

"Número 5.- En el presente caso, la Fiscalía General de la República acusó a la imputada, por un hecho ocurrido […], cuando la imputada llegó a recoger a su hijo, quien se encontraba con el padre de este, señor […], ocasión en la cual la imputada tomó del brazo a su hijo de una manera violenta porque no se quería ir con ella, produciéndose una discusión entre los padres del menor.

Número 6.- Para la apelante, el juez sentenciador inobservó el Art. 179 CPP., que impone al juzgador valorar la prueba en su conjunto y conforma a las reglas de la sana crítica, ya que ha dado valor estimativo a las declaraciones del menor […] y su padre; así mismo ha valorado prueba documental (certificaciones de expedientes sobre maltrato infantil en contra del menor […] y de Violencia Intrafamiliar, iniciada por la medre de la imputada en su contra) que no tiene nada que ver con el hecho acusado; así mismo que no se valoró correctamente la prueba pericial, la cual refleja una supuesta manipulación del padre sobre el niño […].

Número 7.- La acreditación del delito de Maltrato Infantil, resulta en algunos casos bastante complejo, pues por lo general estos son realizados dentro del entorno familiar, es decir, en un ambiente privado, pero que también se manifiesta [aunque con menor frecuencia] en un ambiente público, pero en todo caso, las pruebas personales que sostienen la imputación –testimonios– provienen de personas vinculadas al entorno familiar, lo cual, vuelve difícil la obtención de los testimonios, puesto que se declara contra personas a las cuales también –y pese al maltrato– se guarda afecto, debido al vínculo de familiaridad.

Número 8.- Lo que caracteriza al maltrato o abuso infantil, es que generalmente se trata de una conducta reiterada de agresión física o psicológica hacia un menor de edad, pero también cabe la posibilidad de que el maltrato sea producto de una acción única, que para el caso del tipo penal del Art. 204 CP., no se limita a los padres o personas que tengan el cuido o tutela del niño, sino que puede ser cometido por cualquier persona, ya que expresa: "El que maltratare a una persona menor de edad con evidente perjuicio físico, moral o psicológico, será sancionado con prisión de uno a tres años…".

Número 9.- La apelante refuta que el hecho atribuido a la imputada fue en un lugar público y únicamente se cuente con las declaraciones de […], siendo esta la prueba testimonial que valoró el juez para acreditar la responsabilidad penal de su defendida, si hubo más personas que lo presenciaron, inclusive los agentes policiales que llegaron a dicho lugar.

Número 10.- Sobre ello debe indicarse a la apelante, que la acción valorativa de la prueba sobre la cual se encuentra obligado a realizar, es sobre la prueba que ha sido admitida y producida en el juicio, y no sobre la que pudo ser ofrecida y no se hizo, ello en atención al principio de libertad probatoria que rige nuestro proceso penal conforme al Art. 176 CPP., por lo que el juez se ve obligado a valorar la suficiencia de la prueba producida en juicio de una manera integral conforme al Principio de Comunidad de la Prueba. […].

Número 13.- En la vista pública se inmedió prueba testimonial, pericial y documental. La imputada se abstuvo de rendir su declaración indagatoria. Para el Juez sentenciador, las declaraciones del niño […] y su padre, así como de la demás prueba se logró acreditar que la madre había ejercido maltrato en contra de su hijo; por cuanto el niño […], manifestó que su madre lo agredía continuamente, pegándole con una cacerola en la cabeza y en el ojo, y que la última vez que la vio fue en el […]; que dicha declaración es concordante con la declaración del padre del niño, en cuanto al hecho sucedido en el citado restaurante. También se refirió al peritaje psicológico realizado al niño […], el cual establece que presenta una clara evidencia de afectación por los golpes y los gritos que su madre le ocasiona.

Número 14. Sobre la prueba documental presentada [certificaciones de expedientes] debe señalarse un aspecto importante, pues así lo ha señalado la apelante, que dichos expedientes fueron aperturados con anterioridad al hecho denunciado; sin embargo, estos fueron iniciados por supuestos maltratos por parte de la imputada hacia […]; los cuales según consta en acta de […], la imputada reconoce haber castigado a su hijo pero no físicamente.

Número 15.- Debe señalarse que el maltrato infantil, no debe verse siempre desde una óptica de una acción específica, sino de una manera amplia, teniendo en cuenta acontecimientos anteriores al que produjo la iniciación del proceso penal –como cuestión de credibilidad probatoria– salvo que en la denuncia no sean incluidos; pero en el presente caso, según consta en el acta de denuncia […].

Número 16.- Lo expresado por el padre de […], también se destaca en el cuadro fáctico del dictamen de acusación, en el que se establece que el niño le había comentado a su padre, que su mamá lo castigaba con el cincho, con zapatos, con chancletas cuando estaba con ella, por lo que el señor […], le reclamó a la imputada, pero el niño le manifestó que su madre le pegaba más cuando este

le reclamaba y por lo cual el niño opto por no decir nada. En ese orden de ideas, no es cierto que la acusación planteada por la representación fiscal, sea únicamente por el evento ocurrido el día […], como pretende hacer ver la apelante.

Número 17.- En ese orden de ideas, se tiene que de la prueba testimonial, especialmente de la declaración rendida por […] en Cámara Gesell, se puede establecer que la imputada realizaba acciones en su contra tales como golpearlo con una cacerola en su cabeza y que su mamá lo ha golpeado en reiteradas ocasiones, dichas acciones solo pueden ser consideradas típicas del delito de maltrato infantil, pues supera los límites que el derecho de corrección atribuye a los padres. La declaración del niño […], ciertamente se ve corroborada con la declaración de su padre, quien en vista pública dijo que su hijo recibía maltrato desde el año dos mil trece.

Número 18.- La persistencia en la incriminación y credibilidad de la declaración de […], se ve reflejada en el peritaje Psicológico y Peritaje de Credibilidad realizados por el psicólogo […], en los cuales el menor hace un relato de algunos actos de maltrato realizados por la imputada, en el cual se determina que "presenta indicadores de afectación Emocional, lo cual es frecuente en niños maltratados"; y además se establece "Credibilidad en su testimonio", siendo algunos de los hechos expresados en dichas pericias, los narrados por la víctima en la vista pública.

Número 19.- Como puede verse, entre la prueba testimonial, pericial y documental, existe una correspondencia entre estas, pues se advierte que la imputada ha realizado acciones en contra de […], constitutivas de maltrato infantil, ya que el menor presenta una afectación emocional producto de los castigos recibidos por la imputada, resultando su declaración creíble y armónica con los demás medios de prueba.

Número 20.- La apelante también cuestiona la falta de valoración por parte del Juez A quo, de la prueba de descargo; sin embargo debe indicarse que la defensa de la imputada no hizo ninguna oferta probatoria al ponerse a su disposición el proceso ante la presentación del dictamen de acusación en la etapa de instrucción del proceso, por lo cual no existe prueba de descargo, pero si se incorporó como prueba documental, el estudio social […] de esta ciudad, el cual refiere "que se ha percibido una conducta influyente y negativa del progenitor hacia el niño, con respecto a la figura materna".

Número 21.- Debe señalarse que lo anterior, no es suficiente para desacreditar el dicho del menor, pues este dada su corta edad, difícilmente podría sostenerse que su testimonio sea mendaz, pues ha señalado desde el inicio del proceso, a través de las diferentes entrevistas realizadas para las pericias y su declaración en Cámara Gesell, ha sostenido de una manera firme, que su mamá lo ha maltratado en reiteradas ocasiones, golpeándolo con diferentes objetos en su cuerpo, lo cual es un aspecto relevante para dar credibilidad a su testimonio; y ciertamente el acto juzgado **[…]** ha sido objeto de corroboración por el testimonio de […], además de la prueba de carácter psicológico, que reportó hallazgos de sintomatología de maltrato infantil, por lo cual, el aspecto del estudio social, no tiene la suficiencia para desacreditar la versión del victimizado en el sentido que fue objeto de maltrato por su progenitora."

PROCEDE CONFIRMAR CONDENA CUANDO HA EXISTIDO UNA CORRECTA Y COHERENTE VALORACIÓN DE LA PRUEBA, CONFORME A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

"Número 22.- Conforme lo anterior, esta Cámara considera que la valoración de la prueba realizada por el Juez Cuarto de Sentencia, ha sido conforme a la prueba producida en el juicio, siendo esta acorde con las reglas de la sana crítica, pues se ha establecido de una manera certera que la imputada […], realizó acciones que la ley tipifica como delito de Maltrato Infantil, conforme el Art. 204 CP., pues la víctima […] y su padre, son coincidentes con la prueba documental y pericial, que determina que en […], ha sido víctima de maltrato infantil, por parte de su madre, lo cual es una valoración coherente y conforme a las reglas de la sana crítica.

Número 23.- Por lo cual esta Cámara no considera que la sentencia recurrida, adolezca de una valoración fuera de los parámetros que la sana crítica le impone al juzgador, por lo que el motivo de alzada deberá ser desestimado, debiendo la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Cuarto de Sentencia de esta ciudad, ser confirmada por estar conforme a derecho corresponde."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-47-SC-2018, fecha de la resolución: 16/05/2018

MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIALES

IMPROCEDENTE APLICAR CONTRACAUTELA POR NO SER SUSCEPTIBLE DE PERJUDICAR INTERESES PROCESALES, SEGÚN EL ART. 448 PRCM

"Los únicos puntos de agravio admitidos a discusión en este apartado han sido los planteados por la licenciada […], y consisten en (i) la presunta inobservancia por parte del juez del art. 342 Pr. Pn. con relación al art. 446 Pr. Pn. al no haber exigido la contracautela a la agencia fiscal necesaria para validar la medida decretada; y (ii) la inobservancia judicial del art. 144 Pr. Pn. por motivación aparente de la medida cautelar patrimonial, específicamente en cuanto a la apariencia de buen derecho y la proporción entre el monto cautelado y el daño supuestamente causado por el delito.

(i) En lo atinente al primer punto de agravio, se tiene que efectivamente no se encuentra en el razonamiento judicial relativo a la imposición de las medidas cautelares de índole patrimonial […] referencia alguna a la contracautela aludida por la recurrente. Ello puede comenzar a explicarse a partir del hecho que no se encuentra en requerimiento fiscal ni en el planteamiento de la defensa durante la Audiencia Inicial alusión alguna al tema.

Empero no basta con la simple constatación de ausencia de este punto para determinar la necesidad de anular el proveído o revocarlo; debe primeramente determinarse si se trata o no de un supuesto de inobservancia y, de ser así, identificar su trascendencia con respecto a la postura procesal de la imputada Pignato y demás personas aparentemente afectadas por el desconocimiento de dicho precepto.

El art. 446 Pr. C. y M. establece como regla general que toda persona que solicite una medida cautelar -de carácter patrimonial- deberá prestar caución suficiente para garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiere causarse

al patrimonio de la persona que soporta la medida decretada. En el contexto civil y mercantil, generalmente esta caución es ofrecida por la parte demandante pero es el juez quien la gradúa o modifica en consideración de parámetros como la capacidad patrimonial del mismo solicitante o del objeto del proceso.

Debe recordarse sin embargo que el art. 342 Pr. Pn. establece la aplicación de las reglas del trámite civil y mercantil pero siempre condicionado a los matices propios que el proceso penal impone: ello se denota a partir de la modificación en el propósito de la medida cautelar misma, que además de la necesidad de asegurar el resarcimiento del bien jurídico presuntamente lesionado se reconoce también la posibilidad de cautelar bienes con los cuales pueda responderse ante aquellos casos en los que la pena a imponer consista en una multa pecuniaria.

La razón por la que se traen a cuenta las particularidades del proceso penal es porque en el art. 448 Pr. C. y M. se encuentra una exención de la prestación de la caución aludida por la recurrente y que presuntamente el Juez ha inobservado como presupuesto para decretar la medida cautelar de orden patrimonial. La disposición citada básicamente establece como supuesto excepcionante para la rendición de la contracautela que exista una desproporción sensible entre el patrimonio de la parte solicitante respecto de la contraria; y si el solicitante ha actuado en defensa de un interés general, colectivo o difuso.

En ese orden de ideas, el ejercicio de la acción penal y su respectiva consecución son atribuciones constitucionalmente encomendadas al Fiscal General de la República propias de su responsabilidad como conformante del Ministerio Público. Si bien modernamente se reconoce que la represión del delito es una actividad con múltiples aristas y formas de abordaje, se ha admitido en jurisprudencia constitucional [véase sentencia emitida el 14-II-1997 en el proceso de Inconstitucionalidad 15-96] que una de las justificaciones del Estado moderno es la lucha contra la criminalidad, la cual se justifica en el interés general y que compele al Estado a basar su política criminal en varios elementos coherentes con su fin humanocentrista; y entre los cuales se encuentran la persecución de los ilícitos, el fortalecimiento institucional entre las instituciones responsables y la coordinación entre el Estado mismo y la sociedad.

Desde esta perspectiva se comprende que la agencia fiscal, al promover la acción penal lo hace en defensa de un interés general que, de acuerdo con el art. 448 Pr. C. y M. le excepciona de prestar la contracautela aludida por la recurrente; por lo que, a pesar de constatarse que el Juez no se pronunció en sentido alguno sobre este punto, en realidad tal justificación resulta inoficiosa si se considera que indistintamente de su consideración o no, la prestación de la contracautela alegada no procede para el caso en concreto y por ello no es susceptible de perjudicar el interés procesal representado por la licenciada […]; por lo que se desestima la existencia del agravio invocado en este punto."

CORRECTA MOTIVACIÓN POR REMISIÓN JUDICIAL CONFORME AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, AL APLICAR LA MEDIDA CAUTELAR DE CONGELAMIENTO DE CUENTAS Y ANOTACIONES PREVENTIVA DE BIENES

"(ii) Con relación al segundo motivo de agravio admitido, correspondiente a la infracción al deber de motivación judicial por motivación aparente de la medida

cautelar patrimonial, específicamente en cuanto a la proporción entre el monto cautelado y el daño supuestamente causado por el delito, corresponde en primer lugar a. verificar el razonamiento judicial presuntamente viciado, para b. determinar si su contenido es insustancial o no.

a. En el romano VI de su resolución el Juez Quinto de Paz de esta ciudad ha expuesto la imposición de la medida cautelar de naturaleza civil en los siguientes parámetros:

"En ese sentido, para que eventualmente pueda limitarse el derecho fundamental de propiedad o posesión dentro del proceso penal mediante la adopción de medidas cautelares de índole civil o patrimonial, es menester que se cumplan ciertos requisitos constitucionalmente exigibles: a) legalidad de la medida, b) fin legítimo de la medida, c) jurisdiccionalidad; d) motivación; y e) proporcionalidad (este último subdividido en los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

(…)

En el presente caso, y como lo he argumentado anteriormente, se ha establecido la existencia de los delitos y la probable participación de los imputados en los mismos y la FGR ha solicitado la anotación preventiva en los bienes inmuebles y en los vehículos (bienes muebles) de los imputados. Estos presupuestos de apariencia de buen derecho se cumplen, tal como se ha argumentado en esta resolución sobre la existencia de los delitos y probable participación de los imputados. (…)

Las medidas supra citadas son proporcionales, pues son adecuadas para lograr la finalidad pretendida (asegurar la no enajenación de los bienes inscritos a favor de los imputados), son necesarias, en tanto que no existen otras medidas restrictivas menos gravosas que igualmente conlleven al mismo resultado de anotar preventivamente los bienes, es decir, no hay otra medida cautelar que garantice tal finalidad. Y finalmente, es proporcional en estricto sentido, pues al hacer la ponderación entre los derechos en juego, resulta que pesa más el interés de garantizar la eficacia de la eventual ejecución civil, las penas accesorias supracitadas y la aplicación efectiva del derecho penal, que el derecho de posesión de los imputados. Por tal razón ordenaré la medida cautelar patrimonial de la anotación preventiva de los bienes inmuebles y vehículos inscritos a favor de los imputados en los registros correspondientes, así como el congelamiento de las cuentas y depósitos bancarios que éstos hayan aperturado en las instituciones financieras y bancarias del sistema financiero".

b. Al verificar los métodos utilizados por el juez A Quo para expresar su razonamiento en el proveído, se tiene que en lo relativo a la apariencia de buen derecho como basamento para la medida cautelar impugnada, él ha utilizado una técnica denominada motivación por remisión. Tal práctica se fundamenta en el hecho que por principio, toda resolución judicial debe interpretarse de forma sistemática, como un todo congruente que se complementa a través del contenido de sus diversos apartados; el razonamiento judicial expuesto en toda decisión es eminentemente progresivo pues avanza paulatinamente hasta el estadio de la decisión concluyente.

En ese orden de ideas, lo que se pretende a través de la motivación por remisión es evitar incurrir en tediosas repeticiones respecto de temas ya andados

en la misma decisión, y que se entiende son materia agotada. Este Tribunal considera que la referencia a aspectos ya desarrollados es válida siempre y cuando remita al lector a una parte concreta del razonamiento, y éste no se utilice para evadir esfuerzos argumentativos distintos o novedosos. Asimismo es admitido retomar alguno de los planteamientos de las partes como insumo argumentativo en la conformación de la decisión, pero tampoco puede esto llegar a suplantar la argumentación judicial por referencia total a su contenido.

Lo que se tiene en este caso es una motivación por remisión al razonamiento ya expuesto en lo relativo a las medidas cautelares de índole personal y que, es sabido, comparten un plexo común en lo que atañe a la apariencia de buen derecho como presupuesto de imposición. Lo que se tiene es un juicio de conveniencia manifiesto en la referencia a contenido ya desarrollado por sobre la repetición o paráfrasis que, el A Quo ha considerado, resultaría fastidiosa.

En lo que atañe al segundo punto de inobservancia al deber de motivación, se tiene que existe una expresión concreta de los tres componentes del principio de proporcionalidad que sustenta la adopción de las medidas cautelares civiles para el caso: se entiende que el juez ha estimado que el ordenamiento no le brinda opciones menos intrusivas para cumplir con la finalidad pretendida; y que en una operación de ponderación entre la aplicación efectiva del derecho y el derecho de posesión, se ha decantado por lo primero en razón que de no cautelarse los bienes aludidos, puede llegar a perder propósito una eventual declaratoria de responsabilidad civil.

El juicio de proporcionalidad expresado por el Juez no consiste entonces en una relación lesión-monto cautelado tal como lo ha planteado la recurrente, sino en una valoración de fines perseguidos vs. derechos e intereses tutelados. En este caso, retomando que la persecución del delito es un interés de carácter general y la eventual necesidad de responder civilmente han generado mayor incidencia en el intelecto del juez que el derecho de posesión, el cual es considerado como una fracción del derecho de propiedad y que se ve obstaculizado pero no abolido de la esfera jurídica de las personas procesadas.

Producto de lo anterior, esta Cámara considera que se ha satisfecho con el deber de motivación judicial en cuanto a la proporción de la medida cautelar patrimonial, pues su contenido no es aparente ni sustituido por frases insustanciales; existe suficiente explicación del íter seguido por el juez para considerar los motivos por los que considera que la medida cautelar de congelamiento de cuentas y anotación preventiva de bienes es una cautela proporcional con los fines pretendidos.

Como argumento complementario debe agregarse que no se ha establecido por la apelante en qué sentido variaría el proveído a través de la consideración entre lo cautelado y lo presuntamente aprovechado por la imputada Pignato; es decir, simplemente se ha denunciado una ya desvirtuada inobservancia al deber judicial de motivación, pero se ha omitido dotar de trascendencia a tal cuestión a través de una construcción argumentativa que permita conocer a este Tribunal que el monto de lo cautelado resulta excesivo, por lo que se entiende que la queja elucidada al final radica en un juicio de perfectibilidad sobre la ponderación judicial de la proporcionalidad.

Consecuencia de lo anterior, se desestima la existencia del agravio relativo a la inobservancia al deber judicial de motivación al haberse constatado que su contenido no se basa en frases insustanciales."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 285-2018, fecha de la resolución: 28/09/2018

MEDIDAS CAUTELARES

EL JUEZ ESTÁ OBLIGADO A EXPONER DE FORMA CLARA, PRECISA, SUFICIENTE Y AMPARADA EN EL CASO CONCRETO LAS RAZONES PARA DECRETARLAS

"En el presente caso, al examinar los argumentos que expresa el defensor particular del imputado […], se dirigen a que la Jueza A quo erró en la aplicación de la medida cautelar más gravosa como es la detención provisional.

Identificado el agravio y para contestar la inconformidad sugerida por el apelante, este Tribunal considera necesario aclarar que en el desarrollo de un proceso penal, en ciertas ocasiones y de manera excepcional, es necesario realizar restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales de los individuos procesados por ilícitos, ello puede darse de distintas formas, siendo una de ellas la adopción de medidas cautelares – personales o patrimoniales – las cuales pretenden garantizar las **"resultas del proceso";** sin olvidar que una persona procesada conserva su estado de inocencia y por ende este es el tratamiento que debe privar.

Entre las medidas cautelares de carácter personal (que son las importantes para este caso), se encuentra la detención provisional, que – de acuerdo a la Sala de lo Constitucional – puede definirse como ***"aquella medida cautelar de coerción personal, en virtud de la cual se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad física, mediante su ingreso a un centro penitenciario –entre otros– durante la sustanciación de un proceso penal"*** (Sentencia Definitiva del Proceso de Habeas Corpus 33-2010, Sentencia de las doce horas con cincuenta y cinco minutos del veintiocho de abril de dos mil diez). Por tanto ese ingreso a una prisión debe ser racionalizado y no imponerse de manera automática, únicamente atendido a la gravedad del delito y a la probable participación del encausado.

La detención provisional, por ser la medida que de forma más intensa incide en la libertad personal, se encuentra sujeta a ciertos requisitos, específicamente los establecidos en el art. 329 Pr.Pn., y que son conocidos doctrinariamente como **fumus boni iuris** (apariencia de buen derecho) y **periculum in mora** (peligro en la demora).

El primero, alude al juicio de imputación y a la sospecha fundada de participación del procesado en el hecho punible atribuido. El segundo está referido a la sospecha también fundada de peligro de fuga del acusado, y la consiguiente obstaculización de la investigación. Ellas están regladas de forma implícita en el art. 329 Pr.Pn., que estipula:

"… Para decretar la detención provisional del imputado, deberán concurrir los requisitos siguientes:

1) *Que existan elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente la existencia de un delito y la probabilidad de participación del imputado.*
2) *Que el delito tenga señalado pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años, o bien que, aun cuando la pena sea inferior, el juez considere necesaria la detención provisional, atendidas las circunstancias del hecho, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar".* En cada caso en particular deben de concurrir ambos elementos para que proceda la aplicación de la detención provisional, tomando además en consideración lo regulado en la Constitución que presume inocente a toda persona y lo dispuesto en las convenciones sobre derechos humanos que prescriben la excepcionalidad de la detención provisional.

Se ha establecido entonces que, el Juez se encuentra obligado a exponer de forma clara, precisa, suficiente y amparada en el caso concreto, cuáles son las razones en que basa la resolución emitida, no constituyendo ello un mero formalismo, sino más bien el instrumento que facilita a los justiciables los datos, explicaciones y conclusiones necesarios para que conozcan el por qué se resuelve en determinado sentido, de forma que puedan utilizar los medios de impugnación previstos en la ley y especialmente en la Constitución, si discrepan con la resolución dictada.

De ahí que entendamos que no cualquier afirmación constituya motivación, pues para que una exposición sea tal, el Juez debe describir el camino que siguió su pensamiento para adoptar el proveído. Ello es aún más exigible en el caso de las medidas que restringen derechos fundamentales, particularmente en el caso de la detención provisional."

LA PROHIBICIÓN LEGAL DE OTORGAR MEDIDAS SUSTITUTIVAS PARA CIERTOS DELITOS NO HABILITA UNA APLICACIÓN MECÁNICA Y AUTOMÁTICA DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL

"Por otra parte, este Tribunal considera oportuno, la importancia de manifestarse en cuanto a la aplicación del inciso segundo del artículo 331 del Código Procesal Penal, el cual establece la prohibición de otorgar medidas sustitutivas a la detención provisional para ciertos delitos, dentro del cual se encuentran el delito de extorsión, <u>siempre y cuando concurran debidamente acreditados los extremos exigidos en el artículo 329 del Código Procesal Penal</u>, tal cual se ha analizado en los párrafos anteriores, <u>por lo que no se trata de una aplicación mecánica y automática</u> de la disposición anterior, sino la de lograr como en el presente caso que los imputados se sometan al proceso que se sigue en su contra. En ese mismo sentido, la Honorable Sala de lo Constitucionalidad a las doce horas del doce de abril de dos mil siete, en el proceso de Inconstitucionalidad Ref. 28-2006/33-2006/34-2006/36-2006 manifiesta que: *"… la resolución que ordena la detención provisional debe ser motivada, tanto en lo relativo al fumas boni iuris como al periculum in mora, de modo que sea palpable el juicio de ponderación de los extremos que justifican su adopción; por un lado, la libertad de una persona cuya inocencia se presume, y por otro la realización de la administración de la justicia penal, respecto de aquél en quien recae la probabilidad de ser responsable penalmente...".* Por lo anteriormente relacionado,

este Tribunal considera que la resolución dictada por la Jueza Primero de Paz de Soyapango, **está conforme a derecho**, por lo que es procedente ***confirmar***, en el fallo respectivo la resolución en la que decreta la detención provisional en contra del imputado […].”

DEBEN JUSTIFICARSE LOS MOTIVOS DE FUERZA MAYOR PARA LA AMPLIACIÓN DE LA DETENCIÓN POR EL TÉRMINO DE INQUIRIR

“Ahora bien, con respecto a lo alegado por el Licenciado […], con respecto a que la juzgadora instalo la audiencia inicial después de las setenta y dos horas que establece el art. 13 Inc. 3º de la Constitución, este Tribunal considera que la detención por el término de inquirir debe de entenderse tal como lo ha establecido la Sala de lo Constitucional -sentencia HC 122-2003 del 28/01/2004- como una “detención judicial confirmatoria” de naturaleza cautelar. Lo anterior implica que la mencionada medida se reviste de las características que le son propias, específicamente de la provisionalidad o temporalidad; sin embargo, la temporalidad en la detención por el término de inquirir tiene límites máximos establecidos en el artículo 13 inciso 3º de la Constitución, el cual dispone que: *“La detención para inquirir no pasará de setenta y dos horas y el tribunal correspondiente estará obligado a notificar al detenido en persona el motivo de su detención, a recibir su indagatoria y a decretar su libertad o detención provisional, dentro de dicho término.”* (El subrayado es nuestro).

Es decir, que la referida norma constitucional ofrece al justiciable la seguridad jurídica de que no será objeto de una restricción a su derecho de libertad personal de forma indefinida, incierta e ilimitada sino concurren en su contra los elementos suficientes para sustentarla; pues dentro del término perentorio que señala la mencionada disposición constitucional –setenta y dos horas- debe decidirse sobre la libertad de la persona, la continuación de su detención o la imposición de medidas cautelares de diferente naturaleza y pese a que la jurisprudencia ha tenido por justificada la prórroga de determinados procesos penales, en atención a la complejidad de los mismos, también ha sido enfática al establecer la imposibilidad de avalar **un abuso** excesivo de ese comportamiento sobre todo cuando se encuentren personas en cumplimiento de una restricción a su libertad ambulatoria.

Visto lo anterior este Tribunal observa, a folios 71, la boleta de presentación del requerimiento fiscal, el cual fue recibido por el Tribunal Primero de Paz de Soyapango a las once horas con quince minutos del día trece de julio del presente año; señalando según consta en el auto de las once horas con veinticinco minutos del trece de julio de dos mil dieciocho, la realización de la Audiencia Inicial a las diez horas del día dieciséis de julio de dos mil dieciocho; al observar el Acta de Audiencia Inicial agregada a folios 89, consta que a las diez horas del dieciséis de julio de dos mil dieciocho, era el día y hora señalado para la realización de la Audiencia Inicial en contra del imputado […], sin embargo debido a que la Representación Fiscal se encontraba en otra Audiencia en el Juzgado de Menores, se inició hasta las once horas con treinta minutos del mismo día; por tal situación vía incidental el defensor particular del imputado […], Licenciado […], alego que el requerimiento fiscal fue presentado el

viernes trece de julio del corriente año a las once horas y quince minutos, lo que viola lo establecido en el artículo 13 Inciso tercero de la Constitución, ya que el termino de inquirir se encuentra vencido por lo que su representado se encuentra en una detención ilegal; ante el incidente planteado, la representación fiscal argumento que fue informada a las once horas por el colaborador de la Sala que la Audiencia iba a iniciar a esa hora y ella se encontraba en una audiencia en el Juzgado de Menores no logrando llegar por motivos de fuerza mayor; por lo que habiendo escuchado a las partes la Juzgadora considero que el imputado ha estado en espera de que se resuelva su situación jurídica y dado que la Fiscal se encontraba en una audiencia en el Juzgado de Menores se atrasó; sin embargo no se ha hecho ninguna diligencia en el presente caso que haya producido algún agravio al procesado, ya que solamente ha estado esperando el momento oportuno que se resuelva su situación jurídica y quince minutos no es un lapso de tiempo que haya producido una afectación a los derechos fundamentales.

Partiendo de lo anterior, es posible advertir que si bien es cierto la audiencia inicio **quince minutos después** de cumplirse las setenta y dos horas que estipula el artículo anteriormente relacionado, esta situación no genera una infracción al derecho constitucional de la libertad ambulatoria, debido a que por motivos de fuerza mayor como lo es la enorme carga laboral y el escaso personal con el que cuenta el Ministerio Público, lo cual quiere recalcar este Tribunal, que no debe de verse como una excusa o tomarse como una justificación para casos posteriores, sino que tal como nuestra realidad demuestra existen enormes en nuestras instituciones estatales y dado que el plazo excedió quince minutos, no es posible atender a lo peticionado por el defensor particular, ya que tal situación no ha generado un agravio al derecho fundamental de la libertad ambulatoria del imputado […].”

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-210-18, fecha de la resolución: 24/07/2018

MEDIDAS SUSTITUTIVAS A LA DETENCIÓN PROVISIONAL

SUFICIENTE ACREDITACIÓN DE YERRO JUDICIAL Y SU INCIDENCIA SOBRE LA DETENCIÓN PROVISIONAL DECRETADA POR EL JUEZ, AL NO TOMAR EN CUENTA ELEMENTOS OBJETIVOS RELATIVOS A LA IMPUTACIÓN FISCAL

“(v) El último punto de análisis de este segmento consiste en el agravio promovido por la licenciada […]; y consiste en una presunta inobservancia por parte del Juez al principio acusatorio, identificando éste yerro como el motivo por el cual no se accedió a la pretensión fiscal de decretar medidas cautelares distintas a la detención en favor de su defendida; es importante establecer que sobre este punto es que se ha generado la discordia parcial por este tribunal, en consecuencia […], fue llamado como Magistrado Suplente de esta Cámara el Licenciado […] para dirimir la controversia suscitada.

La petición de la acusación pública, consta en el requerimiento fiscal, en la pieza siete del expediente judicial en lo relativo a la medida cautelar de la procesada Pignato; que solicito lo siguiente: […].

Si bien en este apartado no se encuentra una referencia expresa al principio de jurisdiccionalidad presuntamente aludido por el Juez para denegar la pretensión fiscal -por la cual recurre la licenciada […] sí se ha encontrado en otros pasajes relacionados a la motivación general de la medida cautelar que el Juez estima que dicho principio le habilita a graduar la proporcionalidad de la medida a imponer. A este argumento se ha sumado un criterio de "aplicación igualitaria de la ley", de contradicciones valorativas por parte de la Fiscalía General de la República y la equiparación a decretar un criterio de oportunidad por medio de su resolución.

Esta Cámara considera que la noción judicial del principio de jurisdiccionalidad y sus alcances se han desdibujado por algunas imprecisiones conceptuales notadas en su razonamiento: en primer lugar porque el concepto antinomia no es aplicable a procesos valorativos distintos a los normativos, ya que sólo en ese contexto puede presentarse la necesidad imperiosa de cumplir dos mandatos excluyentes, ambos con fuerza de ley. Lo que se plasma en el requerimiento fiscal -contrario a lo sostenido por el juez- no son meros aspectos valorativos ni tampoco antinomias, sino un criterio con carácter vinculante en lo que atañe a la forma de disposición de la investigación judicializada a través del requerimiento fiscal.

Desde las atribuciones constitucionales conferidas a la Fiscalía General de la República se denota que corresponde única y exclusivamente al ente fiscal de la disposición de la investigación, y -a partir de la vigencia del sistema acusatorio en nuestro ordenamiento- se otorga un papel secundario y restringido al ente judicial en ese ámbito. La separación de funciones ha implicado que el juez no puede incidir en forma activa en la investigación en curso, ni de la forma en que la Fiscalía General de la República dispone que ésta se desarrolle, pues ello ya es materia de técnica y estrategia investigativa.

En este caso, no obstante la Fiscalía General de la República ha presentado diligencias investigativas que han sido suficientes para establecer con probabilidad positiva la existencia del ilícito incriminado a la señora Pignato y su participación en el mismo, el criterio de la agencia fiscal para hacerlo –plasmado en el requerimiento y ratificado en audiencia inicial- ha consistido en que a ella se le deben conferir medidas distintas a la prisión provisional por que ostenta un cargo de jurisdicción nacional y ha acudido a todos los llamados que le fueron efectuados durante el proceso civil.

Indistintamente el juicio de la agencia fiscal sobre el fundamento de su pretensión parezca erróneo, debe reconocerse que tal valoración y su incidencia en el curso de la investigación es de exclusiva responsabilidad del ente investigador; por ello la noción de aplicación igualitaria de la ley no cabe en este punto: máxime cuando su desacreditación ha devenido únicamente en consideraciones objetivas -delitos incriminados, probable pena a imponer- sin trascender hacia el plano subjetivo, que es lo que de acuerdo a la pretensión fiscal motivó su solicitud.

En cuanto a la presunta igualdad en contravención al principio acusatorio, el Juez determino que resultaba erróneo aplicar una medida menos lesiva para una persona a la que se le imputada un delito más grave, en ese caso, fue obviado de una forma expresa, la petición fiscal realizada en requerimiento fiscal

y audiencia inicial; respecto del derecho de Igualdad la Sala de lo constitucional en sentencia de amparo 82-2010 29-X-2011, ha establecido que la aplicación de tratos desiguales debe ser justificado bajo criterios objetivos.

"[…]La igualdad en la aplicación de la ley, se ha señalado que esta también se manifiesta como principio y derecho. En ambos casos implica que a los supuestos de hecho semejantes deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que también sean iguales; es decir que, a pesar de las situaciones de diferenciación establecidas y justificadas por el Legislador en las disposiciones, estas deben ser aplicadas de igual forma a todos aquellos que pertenezcan al rango de homogeneidad establecido por el Legislador.

En otras palabras, las resoluciones que se adopten respecto al goce y ejercicio de los derechos de las personas deben ser las mismas una vez efectuado el análisis de iguales presupuestos de hecho, evitando así cualquier transgresión consistente en que un mismo precepto legal se aplique arbitrariamente a casos iguales. Esto no obsta para que el aplicador de las disposiciones, pese a tratarse de casos sustancialmente iguales, modifique el sentido de sus decisiones, siempre que su apartamiento de los precedentes posea una fundamentación suficiente y motivada.

En razón de lo anterior, puede concluirse que el mandato de igualdad, tanto en la formulación como en la aplicación de las leyes, es un principio general inspirador de todo el sistema de derechos fundamentales; por ello, al incidir en el ordenamiento jurídico, puede operar como un derecho subjetivo a obtener un trato igual y a no sufrir discriminación jurídica alguna, esto es, a que no se dé un tratamiento jurídico diferente a quienes se encuentran en una misma situación si no existe una justificación objetiva y razonable de esa desigualdad establecida en la ley, sobre todo cuando ello determina el goce y ejercicio de los derechos fundamentales. […]"

En atención a lo expuesto por el máximo Tribunal Constitucional, al analizar la decisión judicial en lo relativo al pronunciamiento de la Imputada […], el juez no observo lo requerido por la Acusación Pública en cuanto a las medidas solicitadas, sobrepasando la petición fiscal al haber decretado la detención provisional, dejando en un plano secundario el análisis de los elementos objetivos de las medidas cautelares y más evidente el Principio Acusatorio art. 5 CPP, de ahí que la aludida discrecionalidad tiene como límite de operación justificar las actuaciones conforme a la Ley (Principio Acusatorio), evitando hacer consideraciones superficiales para decretar la detención provisional.

La Real Academia Española, ha establecido que por discrecionalidad debe entenderse una cualidad de la palabra discrecional la cual significa –que se hace libre y prudencialmente-, trasladando este concepto al proceso penal y específicamente en el análisis judicial relativo a la detención provisional, la discrecionalidad no puede comprenderse como una libertad absoluta en la determinación de la decisión, tal es así que esta se encuentra sujeta a los parámetros exigidos para establecer el sometimiento del justiciable al proceso, por lo que una valoración subjetiva únicamente centrada bajo la base que la petición fiscal solicitó medidas sustitutivas para la imputada Pignato y detención para los demás imputados, no puede quedar bajo los parámetros de la discrecionalidad, sino debe respetar en todo momento principios esenciales que son permanentes al momento de tomar

una decisión judicial, para el caso en estudio, específicamente la presunción de inocencia de todos los imputados art. 6 CPP.

Tal cuestión ya se ha reconocido además en jurisprudencia constitucional [sentencia proveída el 28-III-2006 en el proceso de Inconstitucionalidad 2-2005] que ha analizado los intríngulis del principio de separación del juez de la acusación de la forma que sigue:

"En contraposición, el Ministerio Público-Fiscal ostenta el monopolio exclusivo de la acusación pública con todas sus consecuencias, y aún cuenta con la potestad de decidir acerca de la conveniencia de ejercerla ante los tribunales en aquellos casos que el C. Pr. Pn. lo permite. (…)

Este margen de discrecionalidad –reglada- inherente a la función acusadora de la FGR, no obedece únicamente a evitar la figura del juez "contaminado", sino también a desformalizar y fortalecer la actividad investigadora dentro del proceso penal, pues el juez "instructor" posee la desventaja derivada de su rigidez estructural dentro del sistema de justicia penal, además de no poseer la flexibilidad para adaptar los recursos humanos y materiales necesarios a las necesidades y objetivos que garanticen el éxito de la investigación.

Conforme a ello, sólo la FGR se encuentra facultada legalmente para formular ese juicio de conveniencia u oportunidad de la acción penal, y ella es la única que se encuentra en condiciones de evaluar los diferentes aspectos del caso en concreto, en especial los esfuerzos investigativos y probatorios que el caso requiere.

Sin embargo, su aplicación no puede ser arbitraria o caprichosa y es por ese motivo que su autorización se encuentra sujeta a control judicial, el cual debe verificar el cumplimiento de los requisitos que la disposición normativa aplicable exige. Pero lo que se encuentra fuera de la competencia judicial es reemplazar el criterio del fiscal del caso, pues el juicio de conveniencia corresponde exclusivamente a este último como titular de la acción penal pública" [Resaltado proveído].

Correlativo a lo anterior, la Sala de lo Penal, en la Casación 10-CAS-2005 ha señalado que el principio de congruencia es una condicionante entre la petición fiscal y la decisión judicial que se emitida.

[…] La congruencia, es la necesaria correlación entre la acusación y la sentencia; en consecuencia no es posible alterar los hechos esenciales que constituyen el objeto del proceso; es decir, que el tribunal no puede basar su sentencia en hechos distintos a aquellos de los que se acusó al imputado, ni calificar los mismos en forma distinta, ni imponer una pena superior a la que los acusadores solicitaron cual el sentenciador únicamente puede resolver sobre el objeto del proceso penal. […]

Es por ello que la aducida discrecionalidad judicial -producto del principio de jurisdiccionalidad según lo motivado por el Juez- encuentra un límite en el juicio de conveniencia fiscal sobre la investigación y su titularidad sobre la acción penal pública. Esa valoración, por mandato constitucional atañe exclusivamente al fiscal y por ende, no puede aducirse facultades jurisdiccionales para trastocar lo que el mismo decida; por lo que, estima este Tribunal se ha acreditado suficientemente el yerro judicial denunciado y su incidencia sobre la medida cautelar impugnada, correspondiendo a dictar medidas cautelares distintas a la detención provisional pero que -en proporción con la apariencia de buen derecho acredita-

das y la gravedad de la incriminación emprendida- sean idóneas para el cumplimiento del fin propuesto; armonizándolo siempre con lo motivado en la petición fiscal, que es el ostentar un cargo de jurisdicción nacional como criterio para conceder la sustitución de las medidas cautelares.

Resulta necesario advertir, que una valoración judicial relativa a la imposición de la detención provisional o medidas sustitutivas, debe de desarrollarse en base a elementos objetivos que permitan su determinación, el juez debe tener siempre claridad; para el caso en estudio en lo que respecta a la Procesada Pignato, el Juez debió tomar como un parámetro de control de su discrecionalidad, la petición fiscal de otorgar medidas sustitutivas a la detención provisional, pues este tratamiento diferente no debe ser otorgado de forma caprichosa, ni debe ser desechado como efecto de una "igualdad" que se busca construir, sin tener en cuenta elementos objetivos relativos a la imputación fiscal, así como otros principios esenciales que limitan la coerción procesal, como es la presunción de inocencia que es de aplicación preferente a la igualdad para el caso en discusión."

PROCEDE DECRETAR ARRESTO DOMICILIAR A LA PROCESADA POR SER UNA MEDIDA IDÓNEA QUE PERMITE MANTENERLA VINCULADA AL PROCESO

"Se estima que en ese escenario, el arresto domiciliar –art. 332 No. 1° Pr. Pn.- es una medida idónea para mantenerle vinculada al proceso y aislarla de cualquier posible contacto con potenciales elementos de prueba; es proporcional pues implica una restricción de la libertad personal análoga a la detención provisional, únicamente que permite en el caso particular de la imputada Pignato recibir el tratamiento necesario por su condición de salud, bajo una permanente custodia de la Policía Nacional Civil, la cual estará en la obligación como autoridad de ejercer la vigilancia de forma efectiva, además la prohibición de salir del país –art. 332 No. 4° Pr. Pn.-. Así lo valorado por este Tribunal, tales medidas se ordenaran en la parte dispositiva de la presente resolución."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 285-2018, fecha de la resolución: 28/09/2018

MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

DEBER DE TODO FUNCIONARIO JUDICIAL

"**(i)** Respecto del deber de motivación, ésta Cámara ha sostenido que:

"*La motivación de las resoluciones judiciales constituye un deber para el funcionario judicial, de exponer las razones de hecho y derecho en que cimenta sus decisiones, a efecto que las partes conozcan los motivos del porqué se resolvió en un determinado sentido, describiendo el íter lógico que ha formado el convencimiento; en ello habrá de quedar reflejado el sustento probatorio que la respalda*" [Inc. 335-2014-5, de las doce horas del día 26 de noviembre de 2014].

De lo antes expuesto se colige que el Juez se encuentra obligado a motivar toda decisión que tome, lo cual no constituye un mero formalismo procesal; sino que encuentra su basamento en la garantía de un juez imparcial, y que sirve como el instrumento que facilita a los justiciables los datos, explicaciones y con-

clusiones necesarios para que conozcan el por qué se resuelve en determinado sentido, de forma que puedan utilizar los medios de impugnación previstos en la ley, si en caso se encuentran en discrepancia con la resolución dictada. Ese deber de motivación es reiterado en el art. 144 Pr. Pn.

La motivación constituye un requisito sustancial de las sentencias, los autos y aquellas providencias que lo ameritan y si ésta no describe el *íter lógico* que ha formado la convicción del juzgador, así como las razones de hecho y derecho en que se sustenta la decisión, tal decisión es nula.

Constituyendo una garantía para evitar arbitrariedades en las decisiones judiciales en la medida en que se obliga al juzgador a argumentar las razones del porqué arriba a esa conclusión, permitiendo determinar si hay respeto a las reglas de la sana crítica."

LA MOTIVACIÓN APARENTE ES CONSIDERADA UN VICIO DEL ANÁLISIS INTELECTIVO

"Un defecto de motivación puede visualizarse en diversas facetas, una de ellas puede serlo cuando el juzgador es en demasía escueto o vago en su razonamiento; incurriendo en lo que se denomina una motivación aparente.

La motivación aparente en las sentencias consiste en un vicio del análisis intelectivo en el cual el juzgador obvia consignar de forma precisa y clara la información que extrae de la prueba producida o la subsunción de los hechos sometidos a juicio; sin hacer una valoración trascendente de los motivos por los cuales la prueba le es merecedora de fe al punto de ser tomada como premisa válida para establecer la verdad real de los hechos, o considera que los mismos se adecuan a un tipo penal en concreto. A cambio, sustituye esta importante labor por argumentos insustanciales, frases rutinarias o simple parafraseo del contenido de los elementos de prueba actuados en juicio.

Ello deja una sensación de arbitrariedad en la decisión, ya que no existe el convencimiento que otorga la expresión tangible de argumentos debidamente razonados que PERMITAN ADEMÁS UNA APRECIACIÓN DE LAS POSIBILIDADES DE RECURRIR EN CASO DE DESACUERDO."

LA FUNDAMENTACIÓN PROBATORIA DESCRIPTIVA NO SUSTITUYE LA FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA, JURÍDICA E INTELECTIVA

"En este apartado de la resolución dirigida a la fundamentación de su decisión, comienza la A quo con la trascripción literal del artículo 346-B lit. "a" del CPP, seguido a esto expresa los elementos probatorios que tomo en cuenta para dar su fallo, siendo estos:

a).Acta de detención del imputado, **b)**-entrevistas de los agentes captores, **c)-**diligencias de ratificación de secuestro de un arma de fuego, **d)**-Análisis balístico, **e)**-informe del Ministerio de Defensa Nacional.

Limitándose únicamente a transcribir parte del contenido de los elementos probatorios insertados al proceso, es decir, ha realizado de la actividad fundamentadora, únicamente lo concerniente a la fundamentación descriptiva, es decir, ha consignado a cada elemento probatorio que considera útil, la indicación de las circunstancias más sobresalientes de su contenido, sin embargo omite en su

totalidad realizar el desarrollo de otros elementos que conforman esta actividad, siendo estas: la fundamentación fáctica, aquí el juzgador debe establecer de manera concreta qué hechos estima probados, la fundamentación analítica o intelectiva; esta sección de la sentencia debe establecer la valoración propiamente de la prueba; ahí el sentenciador tiene que apreciar cada elemento de juicio y contraponerlo con el resto de la masa probatoria a fin de seleccionar con qué elementos de prueba se queda para tomar razonadamente su propia decisión.

Luego relaciona que ha utilizado las declaraciones de los testigos en lo pertinente, y que estas constan en el acta de vista pública, omitiendo todo tipo de fundamentación, incluyendo la descriptiva remitiéndose al acta de vista pública, sin dejar plasmado cuales son los elementos de convicción que se sustrajeron de los testimonios.

Respecto de los documentos presentados por el encartado, no hace mayor mención y se limita a expresar "los documentos presentados por el imputado".

Sin realizar un análisis sobre su contenido, su relevancia o la falta de esta y como contribuyen o no a la decisión que toma la A quo.

Termina esta parte de la resolución realizando la adecuación de la conducta al tipo penal de manera superflua al expresar que es Típica, por haberse configurado los elementos del tipo penal, Antijurídica, por existir una relación de contradicción entre los hechos configurados y los Bienes Jurídicos tutelados por el Derecho Penal y culpable por ser el procesado absolutamente imputable, sin embargo no se observa una adecuación fáctica, jurídica e intelectiva sobre ello.

Por simple inspección puede evidenciarse un yerro en este apartado debido a que, aún en casos como el presente en los cuales los hechos probados coincidan con la hipótesis fiscal, el juez *A Quo* tiene la obligación de hacer una construcción propia de los mismos a partir de la prueba producida y analizada en la audiencia de Vista Pública.

En ese sentido al ser una reproducción parcial de los elementos probatorios producidos en audiencia, ha omitido hacer constar la valoración de cada prueba y la convicción que le genera cada una de ellas.

Denotando que la juez sentenciadora se ha limitado a realizar una fundamentación probatoria descriptiva, omitiendo así la fundamentación fáctica, jurídica he intelectiva, el razonamiento exhibido es en su totalidad transcripciones de la prueba valorada.

Por lo cual no se encuentra en ningún apartado de la resolución los motivos por los cuales las diversas pruebas le generan la certeza de la existencia del ilícito; limitándose a pretender realizar un examen de tipicidad en el que se determina la culpabilidad de un individuo, pero solo expresa "que se han confirmado los elementos del tipo penal, descritos en la norma".

(iv) Conclusión de las consideraciones anteriores se puede afirmar que, una vez verificado el razonamiento judicial exhibido en la sentencia de mérito, efectivamente se vislumbra una infracción al deber de motivación en razón que se extraña un análisis jurídico y analítico probatorio completo, del cual puedan extraerse con certeza la apreciación judicial de la totalidad de la prueba y la manera en que ha considerado al procesado KSFF como autor, la concurrencia de los verbos rectores de la tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de arma de fuego, artículo 346-B literal "a" del Código Procesal Penal."

SU AUSENCIA VULNERA LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL AL DEBIDO PROCESO Y GENERA LA ANULACIÓN DE LA SENTENCIA

"Este tipo de vicio son defectos que vulneran categorías propias del debido proceso, ya que obvian el imperativo de orden constitucional y convencional de quebrantamiento de la presunción de inocencia única y exclusivamente si constare la totalidad de hechos probados como ilícitos, en la plenitud de sus elementos de carácter objetivo y subjetivo.

El deber de motivación se desarrolla en el art. 144 CPP. cuyo segundo inciso sirve de base legal a la obligación de incluir la motivación probatoria intelectiva o analítica en las decisiones judiciales:

"La fundamentación expresará con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas, en todo caso ***se expresarán las razones de la admisión o no de las pruebas****, así como la indicación del* ***valor que se le otorgue a las que se hayan producido****."*

La exigencia de ***las razones*** para denegar prueba y ***el valor otorgado*** a las pruebas que se admiten tiene fundamento en la oportunidad de controlar las decisiones judiciales por cualquiera de las vías legalmente habilitadas (y también mediante la crítica académica y social de las resoluciones, como parte del ejercicio democrático de la defensa del Estado constitucional de derecho) incluyendo los recursos. La expresión de razones ***impide la arbitrariedad*** y la decisión basada en consideraciones subjetivas en lugar de técnicas, así como ***permite enmendar equívocos*** -ya que por la falibilidad humana los Juzgadores pueden errar en algunas ocasiones- o emitir un criterio dispar con el del tribunal cuya resolución se controla.

Ya que la prueba sirve como premisa principal para establecer o rechazar el conjunto de conductas humanas que constituyen la base fáctica de la pretensión (art. 174 CPP.) y es solamente sobre los hechos establecidos que puede ejercerse una actividad de subsunción jurídica a fin de establecer si se cometió o no un delito y si debe o no imponerse una sanción -así como su cuantía y categorías anexas-, no es permisible la ausencia de su valoración (se desprende la obligación de los arts. 175, 177 y 179 CPP.).

La obligación de motivar las resoluciones ***es una exigencia que surge del deber de imparcialidad***, como se constata en que ya en el art. 4 párr. 3° CPP. se impone al juez la obligación de motivar tanto las circunstancias que favorecen como las que perjudican al imputado y, principalmente, la de valorar las pruebas de cargo como las de descargo.

NULIDAD.

La falta de motivación acarrea, de conformidad con el art. 144 CPP., la nulidad de la sentencia; pero, en el proceso de mérito no es la única causal de nulidad absoluta advertida, sino, también la que se ha regulado en el art. 346 n° 7 CPP.:

"*Cuando el acto implique inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en este Código."*

La motivación es la expresión manifiesta de la valoración de los elementos de prueba tanto de cargo como de descargo y constituye parte del acervo del

art. 12 CR., además de constituir parte integral del principio de imparcialidad, tal como lo regula el art. 4 CPP. en su tercer inciso; su preterición causa evidentes perjuicios, en este caso al procesado, que no pueden suplirse de ninguna otra forma si no es valorando esa prueba, independientemente del resultado, lo cual solamente puede serlo por el juez sentenciador, quien la ha inmediado, por ende, como ya la recibió y apreció en su momento, debe expresar en su sentencia el resultado de sus valoraciones tomando en cuenta toda la información recibida y descartando razonamientos que no tengan su fundamento en esa prueba.

Con ello se advierte el cumplimiento de los requisitos consignados en el art. 345 CPP., referidos a la declaratoria de nulidad, por lo que procede declararla respecto de la sentencia impugnada, a fin de que sea repuesta reparando los errores señalados.

La anulación de la sentencia por este motivo hace innecesaria la resolución de los otros motivos de impugnación contenidos en la apelación, en tanto la resolución cesa en su existencia y efectos jurídicos hasta que sea repuesta."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 331-2018, fecha de la resolución: 04/10/2018

NULIDAD ABSOLUTA

PROCEDE CUANDO SE DECRETA SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO BAJO PRECEPTOS NORMATIVOS EQUÍVOCOS O INCORRECTAMENTE APLICADOS POR PARTE DEL JUZGADOR, RESPECTO DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONCILIACIÓN

"Este Tribunal al analizar tanto los argumentos como los preceptos legales por los cuales el Juez remitente decreta Sobreseimiento Definitivo a favor de la imputada, resultan equívocos, pues por una parte manifestó "que expiró el plazo para el cumplimiento de la conciliación", y así mismo expresó "que la conciliación, según lo establece el Art.31 No.3 del C.Pr.Pn, es una causal de extinción de la Acción Penal, que la conciliación es causal de Sobreseimiento Definitivo según lo dispone el art.350 Inc.2º. C.Pr.Pn"; que para este Tribunal en el caso analizado no se cumplió con la conciliación entre la víctima e imputada, en virtud de ello no se cumple con lo establecido en el art.31 No.3 C.Pr.Pn, y con respecto al art.350 Inc.2º. C.Pr.Pn, establece que se puede dictar sobreseimiento definitivo "cuando no sea posible fundamentar la acusación y no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba", no siendo este el caso, lo cual le causa agravio, al declararse extinguida la Acción Penal, y dictar Sobreseimiento Definitivo a favor de la imputada, Que para el recurrente con dicha resolución se le ha lesionado los derechos a su representado que lo deja indefenso al no poder hacer uso de su derecho Constitucionalmente protegido en el Art.11 , siendo el derecho de Audiencia.- Este Tribunal de Alzada considera que el Juez A quo, ha cometido un yerro al declarar extinguida la Acción Penal y la Acción Civil derivada del delito y decretar Sobreseimiento Definitivo a favor de la imputada, ya que los motivos para dictar dicha resolución y los preceptos legales relacionados no han sido adecuados correctamente, ya que en el caso de vista no se ha cumplido con la conciliación, y tampoco se ha establecido la no participación de la imputada; Que si bien es cierto, al examinar el art.39

Inc.4º. C.Pr.Pn, establece: “La acción penal se tendrá por extinguida cuando el plazo finalice sin que se haya informado del incumplimiento”; no obstante ello, el inciso quinto del mismo artículo claramente señala “Cuando el incumplimiento sea injustificado se continuará el procedimiento; cuando sea justificado, el plazo acordado se prorrogará hasta por seis meses más. Si se incumple de nuevo, el procedimiento continuará hasta su finalización”; De lo anterior se desprende que la extinción de la Acción Penal no debe hacerse sin el conocimiento previo del cumplimiento o del incumplimiento justificado o injustificado de las obligaciones contraídas en la conciliación, lo cual debió cerciorarse citando a la víctima para que expresará si la imputada le había efectuado las cuotas, o en todo caso realizar una Audiencia Especial de verificación de cumplimiento de conciliación, pero no dictar sobreseimiento mientras no existiera la seguridad que el imputado había cumplido con las obligaciones convenidas, así lo ha sostenido la Sala de Lo Penal, en la ref..598-CAS-2011, de fecha veintiséis de marzo de dos mil catorce, así mismo, es de considerar que al autorizarse la conciliación existe una cláusula en el cual se le hace saber a la imputada que en caso de incumplimiento del acuerdo pactado, el proceso continuará como si no se hubiere conciliado, es decir que la actuación del Juez A quo, fue errada, sin tomar en cuenta que la Constitución de la República en sus Arts.2 y 11 Inc.1º. y 106 No.4 y 7 Pr. Pn, constituyen el derecho fundamental de la víctima “A ser oída previamente ante cualquier solicitud favorable al imputado, salvo los casos en que habiéndose citado no comparezca a la audiencia”; No constando en el proceso que la víctima haya sido citada para verificar si la imputada estaba cumpliendo o no con el acuerdo pactado, inobservando los derechos y garantías fundamentales que están previstas en la Constitución de la República, así como en los artículos relacionados, en consecuencia y de conformidad a los arts.345 y 346 No.7 Pr. Pn,, dicha inobservancia es causa de Nulidad Absoluta.

Las nulidades procesales solo se decretan cuando el incumplimiento de las formalidades ha ocasionado un perjuicio definitivo o irreparable a los principios que rigen el Debido Proceso, es decir solo cuando el vicio en que se incurre cause indefensión, lo que significa que no es importante el origen del vicio procesal sea este absoluto o relativo, sino que interesa evaluar más los efectos reales que ha causado en el proceso. En el presente caso, la resolución impugnada genera un vicio que afecta normas que contienen garantías mínimas o elementales de la víctima, entre ellos los derechos establecidos en el Art.106 No.4 y 7 Pr. Pn, incurriendo así en una clara inobservancia al debido proceso, al declarar la extinción de la acción penal y decretar Sobreseimiento Definitivo a favor de la imputada […].

Que con base a lo expresado anteriormente, se establece la necesidad por parte de esta Cámara, de declarar la Nulidad Absoluta de la resolución dictada […], por medio del cual declara la Extinción de la Acción Penal y se decreta Sobreseimiento Definitivo a favor de la imputada […], por cuanto la declaratoria de Nulidad de cualquier tipo podrá ser decretada por el Juzgador en cualquier etapa del proceso, de oficio o a petición de parte, según lo establece el Art.347 inc.1º. C.Pr.Pn, y según el Art.345 Inc.1º. Pr. Pn, procederá la declaratoria de nulidad únicamente para aquellos casos en que se encuentre expresamente determinada en la Ley; para el caso concreto y en atención al art.346 No.7 C.Pr.Pn, que es-

tablece: “El proceso es nulo absolutamente en todo o en parte”, numeral sétimo “cuando el acto implique inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en este Código” una vez declarada la Nulidad, deberá ordenarse al Juez A quo, convoque a una Audiencia Especial, de conformidad con el Art.166 Pr. Pn, con el objeto de verificar el cumplimiento de las obligaciones pactadas en la conciliación, y que de acuerdo con el resultado de la misma resuelva lo que conforme a derecho corresponde.”

Cámara de la Segunda Sección de Oriente, número de referencia: APE-57-2-CPRPN-2018, fecha de la resolución: 16/04/2018

PECULADO

CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA TAREA DE FISCALIZACIÓN QUE REALIZA LA SECCIÓN DE PROBIDAD Y LA CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA

“a. La resolución impugnada en este caso es la emitida por el Juez Quinto de Paz de San Salvador […], en la que se resolvió con la vista del requerimiento la situación jurídica de aquellos imputados con cuya presencia ni representación se contó en la fase inicial del proceso. De acuerdo con la identificación de los incriminados, se proporcionó como dirección de residencia tanto del señor […].

Más adelante en el texto de la resolución, en el romano I el A Quo ha hecho constar que ambos han sido citados precisamente en esa dirección, dejándose esquela insertada en la puerta principal de la vivienda; y en ambos casos tanto el vigilante como uno de los vecinos han corroborado que los ahora imputados residen en ese lugar.

Tales cuestiones son corroboradas […] de las pretensiones penal, civil y cautelar emprendidas en su contra. Con ese propósito se emitieron las comunicaciones que se encuentran agregadas a la pieza setecientos, […], en las que el citador del Juzgado Quinto de Paz de San Salvador hace constar que se constituyó […]; y que al no encontrar a nadie en ese lugar, dejó insertadas copias de ley y se cercioró por medio de vecinos y el vigilante que ahí residen ambos imputados.

b. Lo anterior, a juicio de esta Cámara, constituye actividad suficiente como para considerar que el Juez Quinto de Paz de esta ciudad hizo lo posible por enterar a ambos imputados de la incriminación ejercida en su contra. Precisamente el propósito legal de incluir entre la información básica de toda persona un domicilio conocido es que, ante incidencias como la presente pueda permitírseles una intervención directa, entendiendo que es de su genuino interés la aclaración de los hechos incriminados.

Sin embargo, la sustracción de las personas de su domicilio actual, aún y cuando ésta no se hiciera con un dolo evasivo pero sí de forma deliberada, no impone al Juez un deber de exhaustiva búsqueda o ubicación de la persona a citar. Tal labor es de índole propiamente investigativa y por ende, corresponde a la agencia fiscal en conjunto con la Policía Nacional Civil, quienes corroborando su disponibilidad en un lugar determinado, decidirán cuál es el lugar idóneo para que la autoridad judicial convoque a una persona.

De hecho la actividad esperada de todo juzgador al encontrarse ante un requerimiento con imputado no detenido es que la citación se efectúe con un margen de tiempo prudencial que le permita asistir al llamado y que la realización de esta diligencia quede debidamente documentada, con letra legible e indicación precisa de las circunstancias en que se cumplió con la comunicación. Además, de ser posible, en aquellos casos en los que no se pueda entregar la cita directamente a la persona llamada, se recolecten datos útiles que informen el criterio del juez para saber si existe la posibilidad razonable que la persona se entere o no del motivo de su convocatoria.

Por lo tanto, contando con las citas agregadas […], que claramente dan cuenta que se hizo llegar al domicilio de los imputados las respectivas comunicaciones, y con la referencia que el juez ha hecho del debido cumplimiento a este imperativo legal, no puede reputarse que la incomparecencia de los imputados […] obedezca a una omisión por parte del Juzgado A Quo o actividad negligente. Consecuencia de la anterior, se declara sin lugar a la pretensión impugnativa por este motivo de apelación.

(ii) Corresponde en este segundo apartado la determinación de aquellos puntos de apelación relacionados con el establecimiento de la apariencia de buen derecho, tanto de los elementos subjetivos como objetivos de los tipos penales endilgados. Con ese propósito, a. se iniciará con la supuestamente errónea interpretación del art. 329 Pr. Pn. al basar la existencia del delito en diligencias no agregadas al expediente; a continuación b. se abordará la presunta conculcación a los art. 4 y 144 Pr. Pn. al no haber motivado el juez la incidencia de la documentación de descargo presentada por la defensa en el establecimiento del delito, c. la denuncia por errónea interpretación del art. 325 Pn. con relación al art. 329 No. 1° Pr. Pn. y d. el señalamiento por errónea interpretación del art. 4 LCLDA con incidencia en el art. 329 No. 1° Pr. Pn.

Se finalizará este análisis con e. la supuesta inobservancia del art. 220 Pr. Pn. en la valoración de la declaración del testigo […] y su incidencia en la configuración del art. 7 lit. “d” LCLDA para basar la detención provisional, según el art. 329 No. 1° Pr. Pn.

a. Este punto de apelación ha sido promovido por el licenciado […], quien sostiene que el A Quo ha basado su percepción de existencia del delito en diligencias de investigación, específicamente en lo que respecta el informe financiero mencionado en el requerimiento pero que nunca fue puesto a disposición del juez de paz(sic).

Aunque no se da una concreta identificación del informe presuntamente inexistente, tal denuncia requiere entonces se revise el razonamiento judicial, se constate si se ha retomado algún informe financiero como sustento para el establecimiento de la probable existencia de un delito y, de ser así, se verifique si éste se encuentra agregado a las diligencias de investigación.

En el romano II del auto impugnado se encuentra la mención de las diligencias de investigación en las que el A Quo ha basado su decisión, y se ha encontrado la alusión a dos elementos que se encuadran en la descripción ofrecida por el apelante: el Informe Presupuestario y Financiero de Gastos Reservados de la Presidencia de la República del período del uno de junio de dos mil nueve al treinta y uno de mayo de dos mil catorce; e informes financieros suscritos por

el licenciado […], de la Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía General de la República.

Al buscar en el expediente remitido si éstos han sido agregados, se tiene que el Informe Presupuestario y Financiero de Gastos Reservados de la Presidencia de la República del período del uno de junio de dos mil nueve al treinta y uno de mayo de dos mil catorce se […]; mientras que los informes financieros suscritos por el licenciado […], de la Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía General de la República, a pesar que el A Quo especifica en la resolución apelada que éstos corren agregados en las piezas […], en realidad se encuentran en la […].

Por su ubicación en el expediente, se entiende que fueron presentados como parte de las diligencias iniciales de investigación junto con el requerimiento fiscal; en ese entendido, se ha desvirtuado la existencia del agravio aludido y se declara sin lugar a la pretensión impugnativa por haberse corroborado que físicamente existen en el expediente los elementos de investigación aludidos.

b. El agravio relativo a la ausencia de motivación judicial sobre el mérito y pertinencia de la documentación presentada por la defensa durante la Audiencia Inicial ha sido alegado por los Abogados del imputado […], quienes refieren haber ofrecido certificación de la resolución de la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia en la que se aclara que no se encontró ninguna irregularidad en su administración; y también el finiquito extendido por la Corte de Cuentas de la República.

Por su parte, el licenciado […] dijo haber agregado en audiencia los informes de exámenes especiales de auditorías que la Corte de Cuentas de la República realizó periódicamente durante el período comprendido del uno de junio de dos mil nueve al treinta y uno de mayo de dos mil catorce, en los que consta que dicha institución no encontró hallazgos o irregularidades en la administración o ejecución de los fondos de la subcuenta de gastos reservados.

Éstos medios -ha sostenido el recurrente- contradicen los hallazgos presentados en los informes fiscales y debieron contrastarse y realizarse una valoración integral y en conjunto, estima que pudo haberse cambiado la determinación de la existencia del delito y que por ello, la resolución apelada devendría nula.

Revisando el contenido del acta de audiencia inicial y del auto impugnado, se ha constatado que efectivamente el juez no ha hecho referencia alguna sobre los informes aludidos por los recurrentes; y se ha verificado además que estos fueron oportunamente presentados y que se encuentran en las piezas […]. No obstante ello, la función de las formas esenciales en el proceso penal -como ya se explicó en el auto de las quince horas con veinte minutos del catorce de agosto de dos mil dieciocho- consiste en servir como indicativos a probables infracciones a derechos o garantías fundamentales; ello implica que no es factible decretar la nulidad por la nulidad, sino que debe constatarse si la privación de efectos a un acto procesal y su reposición son medios idóneos para reparar la preterición encontrada.

Tomando como punto de partida las facultades resolutivas concedidas a este Tribunal, se estima útil aludir a lo dispuesto en el art. 476 párr. último Pr. Pn. en el que se permite realizar una fundamentación complementaria en aquellos casos en los que se encontrare alguna insuficiencia. Solamente en el caso que de ésta

labor intelectiva resultare que los elementos no valorados ostentan la entidad como para modificar la percepción sobre la existencia de los delitos incriminados y su incidencia en la medida cautelar apelada, se resolverá directamente lo que correspondiere.

Los Abogados defensores del imputado […] han presentado dos documentos como elementos de descargo: la certificación de la resolución de la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia y el finiquito extendido por la Corte de Cuentas de la República. Sobre el primero de los documentos aludidos debe primero atenderse a su naturaleza como medio acreditativo o el ámbito sobre el cual puede válidamente hacer fe respecto de la conducta del señor […].

El art. 240 Cn. establece el juzgamiento por enriquecimiento sin justa causa para aquellos funcionarios que incrementasen su patrimonio a costa de la Hacienda Pública o Municipal; estableciendo parámetros para presumir en qué casos se estará ante enriquecimiento ilícito. Tales particularidades –ampliadas en el art. 7 de la Ley Sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos- nos permiten entender de inicio que éste no se trata de una forma de procesamiento penal, pues no excluye las demás responsabilidades derivadas de la forma en que se obtuvo el enriquecimiento injusto; simplemente pretende que se restituya al Estado o Municipio lo adquirido indebidamente.

De hecho la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha emitido algunos criterios sobre la labor que la Sección de Probidad cumple con respecto a la labor encomendada, ello en la sentencia emitida el 9-II-2018 en el proceso de Inconstitucionalidad 6-2016/2-2016:

“ (…). Al ser tal enriquecimiento una de las manifestaciones más comunes de la corrupción en el sector público, la función de la Sección de Probidad está relacionada tanto con la gestión preventiva como de control, seguimiento y vigilancia de los factores que posibilitan la existencia de corrupción en su manifestación de enriquecimiento ilícito sin justa causa, en tanto corresponde a esta entidad recibir y vigilar la dinámica patrimonial de los servidores públicos obligados a presentar declaración jurada de patrimonio en los términos que establece la ley, y así también instruir la imposición de sanciones en los casos establecidos en dicha normativa. (…)

Consciente de que la lucha contra la corrupción guarda una relación inequívoca con el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales y el funcionamiento del Estado democrático de Derecho, y que la impunidad impulsa y perpetúa actos de corrupción, el Constituyente decidió establecer un mecanismo adicional a la justicia penal para su prevención y sanción, y facultó a expre3samente a un tribunal independiente e imparcial para darle efectividad. El art. 240 Cn. no trata el enriquecimiento sin justa causa como una nueva figura delictiva, sino que sólo se refiere a la “responsabilidad civil concretada en la restitución” y no en la responsabilidad penal” [subrayado suplido].

En lo que concierne a la documentación proveniente de la Corte de Cuentas de la República, presentada también por el Abogado […] en defensa de los imputados […], ésta según el art. 1 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República -LCCR en lo sucesivo- es un organismo fiscalizador en su doble aspecto: administrativo y jurisdiccional. Estas labores no son ejercidas de forma simultánea sino subsidiaria, ya que por lo general si no existen hallazgos relevantes que

reportar en la fase fiscalización administrativa, no se habilitará la labor jurisdiccional de las Cámaras, la cual es esencialmente excepcional.

En ese contexto, según el art. 195 Cn. y el art. 5 LCCR la labor de fiscalización administrativa de la Corte de Cuentas de la República comprende -entre otras atribuciones- la auditoría externa financiera de las entidades que administren recursos del Estado, fiscalizar la gestión económica y la evaluación de los resultados alcanzados, legalidad, eficiencia, efectividad y economía de la gestión pública. Tales parámetros indican que las auditorías de la Corte de Cuentas de la República se centra primordialmente en la debida gestión financiera institucional a través de la adecuada documentación del flujo de recursos públicos; e incluso por la capacidad evaluadora se introduce la posibilidad de emitir un juicio de valor sobre la forma en que están aprovechando los mismos.

Determinada la naturaleza de los elementos de descargo ofrecidos por los Abogados recurrentes, debe admitirse que su entidad acreditativa no goza de la suficiencia para desacreditar los hallazgos contenidos en el Informe Presupuestario y Financiero de Gastos Reservados de la Presidencia de la República y los informes financieros elaborados por el licenciado […] de la Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía General de la República. Ello en razón que como se refleja en el preámbulo de este último, un análisis detallado del informe de la Sección de Probidad del señor […] revela que con probabilidad positiva ha habido un manejo inusual e indebido de fondos públicos asignados a la Presidencia.

Ello significa que tanto la certificación de la Sección de Probidad como los documentos relativos a las auditorías y finiquitos expedidos por la Corte de Cuentas de la República únicamente reflejan un manejo de recursos con relevancia administrativa; pero los informes utilizados por el Juez trascienden de un nivel operativo o de dinámica patrimonial hacia aspectos con relevancia penal en detrimento de las finanzas públicas.

Como consecuencia de ello, ante la idoneidad probatoria de los informes financieros presentados por la fiscalía por sobre la documentación de descargo, carecería de sentido declarar la nulidad pedida por los apelantes dado que -aún y sobre la omisión judicial constatada- éstos carecen de la capacidad para modificar la percepción de probable existencia del delito razonada por el Juez Quinto de Paz de San Salvador. Por ende, se declara sin lugar a revocar el proveído por este punto."

REQUISITOS PARA SU CONFIGURACIÓN

"c. Debe ahora analizarse los agravios planteados por el licenciado […] por la presuntamente errónea interpretación judicial del art. 325 Pn. por considerar que sus defendidos cumplen con las cualidades subjetivas y objetivas del tipo para configurar el ilícito de Peculado; yerro que ha tenido incidencia con la acreditación de la apariencia de buen derecho dispuesta en el art. 329 No. 1° Pr. Pn, como parámetro para decretar la detención provisional impugnada.

Cabe entonces, previo a deducir si existe o no el error interpretativo denunciado, verificar en qué se ha basado el A Quo para considerar que los hechos incriminados e imputados en mención pueden adecuarse al delito de Peculado. […].

Esta Cámara considera que lo anterior puede ser encuadrado en la descripción típica del delito de Peculado -art. 325 Pn.- por los motivos siguientes:

La estructura típica del ilícito en comento exige preponderantemente dos requisitos para su configuración: una cualidad subjetiva especial y el cumplimiento de determinadas funciones producto de tal cualidad. Así, se conoce como sujeto activo especial a toda aquella persona que goza de una investidura, cargo o circunstancia análoga que le sitúe en la posición de cometer delitos que solamente desde tal calidad pueden ejecutarse; en este caso particular, la doctrina denomina intraneus a aquellas personas cuya circunstancia cualificante es la pertenencia al aparataje estatal como funcionario o empleado público.

Es importante para el caso en comento esta última precisión porque, de acuerdo a la definición normativa de funcionario y empleado descrita en el art. 39 Pn, la nota distintiva entre funcionarios y empleados radica en la capacidad de decisión que los primeros tienen, mientras que los segundos rigen su actuación por directrices emanadas de los primeros.

Con atención al segundo requisito exigido por el tipo, éste es de carácter objetivo y requiere que el sujeto activo especial se apropie -en beneficio propio o ajeno- de dinero u otra cosa mueble con la que, en razón de su cargo, tuviere una relación de administración, recaudación, custodia o venta. Básicamente lo que aquí se plantea es una infracción del intraneus al deber de cuidado sobre los bienes públicos cuya gestión justifica su calidad de funcionario o empleado público; es decir, debe existir una relación de administración, custodia, recaudación o venta entre los bienes apropiados y la función que el sujeto activo cumple dentro de la administración estatal."

ADMINISTRACIÓN DE FONDOS IMPONE A TODO EMPLEADO O FUNCIONARIO PÚBLICO DEBER DE VIGILANCIA RESPECTO DE TODA ACTUACIÓN QUE IMPLIQUE LA GESTIÓN DEL ERARIO

"Lo anterior es importante debido a que de manera uniforme, en sus tres escritos de apelación, el Abogado […] ha alegado que formalmente no se perfila en sus defendidos el deber de vigilancia sobre fondos públicos. Sin embargo, a partir de las acepciones legales de aquellas personas que pueden ser consideradas intraneus en estos casos, la posibilidad de imputación no se cierra exclusivamente a aquellas personas que según el organigrama tienen capacidad para determinar el rumbo de éstos fondos, sino que considera también la posibilidad de incriminar a aquellas personas que como empleados, materialmente inobserven su deber de vigilancia sobre estos fondos.

Además, la acepción del término administración exhibida por el recurrente es bastante cerrada al pretender excluir de ese ámbito la gestión presupuestaria -ejercida por los imputados […] con respecto de los fondos públicos. Así, la administración de los fondos encomendados no es una cuestión que atañe exclusivamente al área de tesorería y la unidad financiera institucional tal como lo ha sostenido; ello es una acepción reduccionista ya que la acción de administrar no se agota con la labor de manejo y erogación de fondos.

La labor de administrar impone a todo empleado o funcionario público un deber de vigilancia respecto de toda actuación que implique la gestión de fondos

públicos; en términos generales surge desde la fase más incipiente que es la solicitud de fondos, su asignación o modificación, forma de ejecución hasta la debida documentación de su manejo legal. Este deber de vigilancia viene impuesto por las normas objetivas de gestión dispuestas para la labor especializada que cada área cumple con respecto a los fondos públicos: así -verbigracia- existen normas que sirven de parámetro para la adecuada contabilidad, los procesos internos en tesorerías institucionales y unidades institucionales del presupuesto."

CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL, POR EXISTIR UNA ADECUADA APARIENCIA DE BUEN DERECHO

"Esta acepción se encuentra amparada incluso por el parámetro que el recurrente ha tomado para plantear la atipicidad de lo actuado por sus defendidos, ya que la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado contempla tanto las modificaciones presupuestarias en el art. 45 LOAF y la adecuada contabilidad de las transacciones del sector público -art. 98 LOAF- como actuaciones propias de la administración de fondos públicos y que, por ende, deben estar sujetas a los respectivos sub sistemas de supervisión gubernamental establecidos por la misma ley.

Debe recordarse que según la imputación fiscal, cada uno de ellos ha actuado de manera afín a un plan criminal de desviación y apropiación de fondos públicos, lo cual podrían haber posibilitado únicamente desde su posición como funcionarios y empleados públicos. En coherencia con la hipótesis fiscal, el A Quo acertadamente ha establecido con probabilidad positiva que se cumple con los parámetros del tipo en la siguiente forma:

1) El imputado […], como funcionario con capacidad de decisión sobre las modificaciones presupuestarias de su área, requirió sistemáticamente incrementos a los montos asignados que -según lo apreciado por el juez- posteriormente, en otras unidades administrativas, serían sometidos a una dinámica de desviación a efecto de facilitar su apropiación;
2) El imputado […], como Jefe del Área del Presupuesto ostenta también la capacidad de decisión que -según estimó el juez- se utilizó para infringir normas objetivas del deber de vigilancia en la administración de caudales públicos impuestas por su cargo; concretamente comprometer peculios a favor de la cuenta a través de la cual, según imputación fiscal, se desviaban los fondos públicos para su posterior apropiación; y
3) El imputado […], como Jefe del Área de Contabilidad, su deber de vigilancia en la administración de fondos públicos por la naturaleza de su cargo consistía en la documentación de la gestión de los mismos; el cual -según apreció el juez de acuerdo a la imputación fiscal- fue inobservado por haber deliberadamente prescindido de la documentación de respaldo sobre las erogaciones hechas a la cuenta de Gastos Reservados.

Por lo tanto, esta Cámara estima que en el razonamiento judicial no se han interpretado erróneamente los elementos subjetivos y objetivos del tipo que han revelado la apariencia de buen derecho y consecuente detención provisional de los imputados en mención, por lo que se desestima la pretensión impugnativa por este punto."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 285-2018, fecha de la resolución: 28/09/2018

POSESIÓN Y TENENCIA

AUTO CONSUMO ES UNA CONDUCTA AUTORREFERENTE QUE NO PUEDE NI DEBE TENER RELEVANCIA EN EL ÁMBITO PENAL, POR FORMAR PARTE DE LA LIBERTAD Y DESARROLLO PERSONAL DE CADA INDIVIDUO

"Agotadas las reflexiones suscitadas del estudio de la resolución objeto de alzada, del recurso de apelación interpuesto por la Representación Fiscal, esta Cámara establece las SIGUIENTES CONSIDERACIONES:

Con la finalidad de brindar una precisa, clara y organizada resolución, este Tribunal de Alzada, desarrollara los ítems que a continuación se presentan: 1. Consideraciones básicas sobre las medidas cautelares, esencialmente aquellas alternativas a la detención provisional (presupuestos y características -sine qua non) 2. Abordaje jurisprudencial sobre principios de lesividad y de responsabilidad penal, así como las conductas autorreferentes de consumo de drogas y su acreditación como personas drogodependientes 3. Razonamientos conclusivos de Cámara.

CONSIDERANDO 1. El autor Daniel Horacio Obligado en su obra –Garantías, Medidas Cautelares e Impugnaciones en el Proceso Penal- expone que al apreciar la Medida Cautelar, implica conceptualizarla como una medida de aseguramiento de los fines del proceso y permite así, desterrar cualquier otra utilidad ajena al mismo.

1.1 Siguiendo la idea del doctrinario, se debe partir del análisis de dos premisas básicas en torno al concepto de las medidas cautelares, tales como: a) la razonabilidad y b) la utilidad de la o las medidas adoptadas.

La primer premisa en función del interés del titular de la acción procesal penal en procura de obtener el pretendido pronunciamiento jurisdiccional de condena; y la segunda premisa en función de la intangibilidad del derecho a la libertad del sujeto a quien se le atribuye la participación en una hipótesis delictual determinada.

Considerar el ejercicio de las medidas cautelares, presupone la facultad coercitiva y coactiva del empleo de la fuerza pública, en aras de la satisfacción de las pretensiones suscitadas en el proceso penal, la cual es por antonomasia para el ente acusador, asegurar la condena, como consecuencia de la imputación atribuida al encausado.

1.2 La adopción de medidas cautelares deben poseer como caracteres imprescindibles los siguientes: Jurisdiccionalidad, lo cual implica que las medidas cautelares, debe ser adoptadas y controladas por órganos jurisdiccionales; Instrumentalidad, en razón de ser medios accesorios de cautela y preservación de los fines del proceso ; Provisionalidad, en virtud de no ser definitivas y supeditadas a la duración del proceso y a las eventualidades que de este pueden suscitarse; Mutabilidad (con mayor énfasis en el caso –sub examine-), a la cual debe vincularse la aplicación de la regla -rebus sic stantibus- que consiste en manifestar que las medidas dictadas en el proceso mantienen la eficacia y deben cumplir con sus fines mientras perdure la situación del hecho que las ha motivado, es decir no debe obviarse su necesariedad para asegurar el desarrollo normal del

proceso para los fines planteados, lo que implica poder ampliarlas, mejorarlas, limitarlas o sustituirlas.

1.3 Dos son los presupuestos esenciales para poder decretar, desvanecer, modificar o sustituir por otras medidas alternativas la medida cautelar de la Detención Provisional, tales presupuestos se sintetizan a nivel doctrinal como: -Verosimilitud del derecho- manejado mayoritariamente como –Apariencia de Buen Derecho- ó –Fumus Boni iure- ; como segundo presupuesto esencial se sostiene el denominado –Peligro en la demora- , derivado de la voz latina – periculum in mora- y contextualizado en el ámbito penal como el –Peligro de Fuga-

Al respecto de los presupuestos y su exigencia en nuestro ordenamiento jurídico, debe señalarse, en cuanto a la – Apariencia de Buen Derecho- su importancia es tal que la falta de ella o la duda del juez acerca de la misma, convierte en improcedente la medida cautelar; la verosimilitud del derecho no implica la existencia del derecho pretendido sino un -aceptable grado de verosimilitud-,trasladado al ámbito penal se traduce en la probabilidad positiva de la existencia del delito y la probable participación del encausado en el referido delito, lo cual solo puede derivarse del cuadro fáctico de la imputación en relación con el material probatorio presentado en estadio procesal.

En cuanto al presupuesto de –Periculum in Mora- la autora María Laura Barsanti, en su aportación a la obra –ut supra- relacionada, expresa: “se refiere a la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva pueda frustrarse en el aspecto fáctico por el transcurso del tiempo y debe valorarse de modo objetivo más allá de la mera invocación de quien lo peticiona.” ; es decir fundamenta el hecho de evitar una eventual dilación del proceso, para lo cual debe verificarse objetivamente elementos, que hagan inferir en el contexto de un proceso penal que el imputado no obstruirá la administración de justicia, se sustraerá de la misma con una potencial conducta en la que evite su comparecencia a los diferentes actos procesales en el trámite normal del proceso penal que se le instruya o tenga injerencia negativa sobre la producción de elementos probatorios de la causa penal que se le siga; en el contexto de un proceso penal, este presupuesto se consolida luego de la evaluación de los arraigos que acrediten vínculos familiares, domiciliares, laborales y otros que permitan inferir certeza de la presencia de los imputados hasta el culmen del proceso.

1.4 Es preciso acotar que para decretar las medidas alternativas a la Detención Provisional, se debe realizar el ejercicio tendiente a verificar los dos presupuestos mencionados –ut supra- , siendo así que al no conjuntarse tales elementos, se hace viable la sustitución por medidas más favorables a la detención provisional, o bien su revocatoria.

En nuestro Código Procesal Penal, específicamente en su artículo 329, se regulan tales presupuestos que los regula de la manera siguiente:

“Art. 329.- Para decretar la detención provisional del imputado, deberán concurrir los requisitos siguientes:

Que existan elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente la existencia de un delito y la probabilidad de participación del imputado.

Que el delito tenga señalado pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años, o bien que, aún cuando la pena sea inferior, el juez considere

necesaria la detención provisional, atendidas las circunstancias del hecho, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar."

Así mismo el Art. 330 Pr. Pn. nos extiende las posibilidades de decretar la detención provisional, en el aparecimiento de circunstancias específicas que tal precepto establece, dentro de las atinentes al presente caso pueden vincularse las mencionadas a continuación:

"[...] 2) Cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o las circunstancias del caso se infiera que intentará evadir la acción de la justicia o no sea posible acreditar sus arraigos domiciliar, familiar, laboral o cualquier otra circunstancia que indique su voluntad de someterse al proceso.

3) Cuando se considere que el imputado pueda obstaculizar un acto concreto de investigación, porque se tiene grave sospecha que destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, o influirá para que coimputados, ofendidos, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o que inducirá a otros a realizar tales comportamientos, u otros hechos análogos. [...]"

1.5 No obstante lo anterior, este Tribunal de Alzada, es consciente de la excepcionalidad que debe caracterizar la detención provisional, al ser un instrumento restrictivo de la libertad ambulatoria del imputado, por lo que no constituye la regla general en el proceso penal, sobre tal premisa, el Art. 331.Pr. Pn, posibilita medidas alternas a la medida cautelar de detención provisional, siempre y cuando se encuentre que razonablemente el encausado no tratara de sustraerse a la acción de la justicia, lo que se traduce en la exigencia que debe hacerse a los diversos juzgadores que se encuentren en el escenario de una imposición o sustitución de la detención provisional, por lo que deberán evaluar objetivamente mediante arraigos, idóneos, suficientes, y legales, que el procesado no posee intención de aislarse de la administración de justicia, ni existe intención de realizar injerencias negativas a los diversos actos de investigación del proceso para su eventual beneficio, en virtud de contar con un asiento domiciliar estable, un ambiente familiar en el que su aporte es vital a dicha comunidad de vida y base 7 fundamental de la sociedad, de igual modo, que su ámbito laboral lo vincule de manera sólida en razón de sus obligaciones de empleador o patrono, y en las que se pueda deducir y negar que sus actuaciones en condición de libertad no dilataran ni dañaran el curso normal del proceso, ni los fines del mismo.

CONSIDERANDO 2. En vista del argumento realizado por el impetrarte, en cuanto a la excepcionalidad y necesidad de la medida cautelar de la detención provisional, se soslayan sustratos jurisprudenciales retomados por el defensor particular en audiencia inicial, así también se vinculan otras referencias jurisprudenciales emanadas de nuestro Tribunal Constitucional, a fin de dilucidar aspectos tales como: Principio de lesividad, principio de responsabilidad penal, animo de traficar, conductas atípicas de autoconsumo y principio de insignificancia.

Partimos de la consideración realizada por la defensa particular en audiencia inicial, quien argumenta que la calificación jurídica del hecho, tenga su asidero legal en el inciso segundo del artículo 34 LRARD, bajo el supuesto de que la cantidad encontrada a su defendido es mínima, y según lo plasmado por el ente fiscal puede ser para consumo, siendo en ese momento que la defensa vincula

la sentencia de la Sala de lo Penal, con referencia 207C2015, de la cual conoció en procedimiento abreviado el Juzgado Primero de Soyapango, de la referida sentencia, la Sala expone, aspectos pertinentes a la punibilidad en el supuesto de hecho regulado en el inciso segundo del art. 34 LRARD, en virtud de haberse alegado en dicha instancia, la errónea aplicación de dicha disposición legal; en ese sentido la Sala de lo Penal, matiza anteriores pronunciamientos jurisprudenciales y afirman que en cualquiera de las modalidades del art. 34 LRARD, debe concurrir la finalidad de trafico el cual también podemos denominar animo de tráfico, dicho animo o finalidad está más que circunscrito como un elemento subjetivo del tipo penal de -Posesión y Tenencia- , siendo que el anterior parámetro, dependerá de la casuística, en base a las condiciones objetivas y subjetivas del caso en concreto, es decir con dicha sentencia, se sientan presupuestos tendientes a que se debe acreditar, que la cantidad encontrada al sujeto activo del delito,(menores a dos gramos, o más, pero insignificante a juicio discrecional del juzgador), la tiene para transmitirla a terceros y no para su consumo, pues de no acreditarse esta circunstancia (ánimo o intención de tráfico), en atención a la presunción de inocencia que le ampara la Constitución de la República (Art.12 Cn.), cabría presumir que la posesión no estaba destinada al tráfico, el anterior pronunciamiento es retomado por la Sala de lo Penal, en virtud del precedente (Sentencia 291C2013, de fecha 07/04/2014).

De lo anterior, es esencial, introducir al presente abordaje, el principio de lesividad, como institución imponderable en el contexto del Derecho Penal, así también en el ámbito Constitucional, pues tal principio establecido en el Art. 3 Pn., exige que para que una conducta atribuida como hecho delictivo, lesione o ponga en peligro determinado bien jurídico, siendo en el presente caso, la Salud Pública, de dicho principio también se determina la potencial intervención que el poder punitivo pudiese tener, pues siendo que si en determinada detención de un sujeto con sustancias prohibida, no existe animo de traficar, tampoco existiría como lógica consecuencia la lesividad del bien jurídico, así tampoco se vería inmiscuido en responsabilidad penal, en virtud de la exigencia que hace el principio de responsabilidad, el cual configura que una conducta atribuida como delito será punible en la medida que se realice con dolo o culpa, quedando proscrita toda responsabilidad objetiva.

De tal forma colegimos que debe existir inicialmente la concreta voluntad de traficar sustancias prohibidas, en las que el bien jurídico se exponga a un inminente peligro que habilite la intervención del poder estatal de punición.

En el marco de la idea previamente expuesta, es importante no perder de vista la conceptualización que se haga de las categorías enunciadas, tal es así que sobre la posesión y tenencia encaminada al tráfico, pueden sostener las siguientes ideas: Señala JOSHI JUBERT que tanto la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entienden por tráfico toda forma de extender y expandir la droga, con independencia de la idea puramente comercial o mercantil, esto es, sin precisar ni ánimo de lucro, ni habitualidad de los actos, sino que basta un solo acto de tráfico –Los delitos de tráfico de drogas, citado, Pág. 133-; en similar sentido el Tribunal Supremo Español en su sentencia de 16-VI- 1987 expone: “se considera el tráfico de drogas, como la transmisión de una cosa a otra u otras personas, sea gratuita u onerosa, total o parcial, directa o indirecta, con la condición

que la transferencia lleva aparejada la promoción o favorecimiento del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas".

Sobre la Salud Pública, es sin lugar a dudas un bien jurídico, colectivo, difuso y abstracto, de vital importancia para todo ser humano, la sentencia del Tribunal Supremo 1701/2000, de 7 de noviembre, da una definición muy interesante para el ámbito penal, en que nos encontramos: "la salud pública, como tal, no constituye una entidad real de naturaleza biológica, sino una manera verbal de señalar un peligro no permitido dentro del orden social".

La salud pública colectiva constituye un bien jurídico independiente de la propia e individual de cada sujeto, se configura como un conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar general de la colectividad, garantizando unas condiciones mínimas de salubridad e higiene, obedeciendo así al mandato constitucional. Por eso la salud pública alcanza un nivel autónomo de protección penal; la salud pública supone un ámbito más extenso de la salud e integridad de cada persona, la cual de igual modo es relevante jurídicamente y protegida en el ámbito penal, de ahí que el carácter que ostenta la salud pública, hace posible que su lesión no se concretice -per se- con un resultado, sino con la exposición de un peligro en abstracto.

Ahondadas las definiciones, sobre categorías importantes en el presente caso, se entrara a matizar un importante pronunciamiento jurisprudencial, emanado de nuestro Tribunal Constitucional (en adelante TC), en proceso de Inconstitucionalidad Acumulado 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007, en dicha sentencia se debate en cuanto a que el Derecho Penal, no puede ser utilizado para penalizar conductas autorreferentes, es decir conductas que son inocuas a terceros, y que al contrario ocasionan una autolesión al sujeto en cuestión, (situación que se ha planteado en el presente caso), así también se pronuncian sobre la relación entre los principios constitucionales de lesividad y proporcionalidad.

Con mayor preponderancia, dirigiremos el análisis que el Tribunal Constitucional hace en cuanto a las conductas autorreferentes de consumo, enmarcando inicialmente en la libertad general y la posición del Estado y el Legislador en las intervenciones a los ámbitos relacionados con el fuero interno del individuo y las conductas autorreferentes, a fin de evidenciar su concreción en el Derecho Penal.

Bajo esas ideas plantean que el legislador –entonces– puede efectivamente, prescribir las maneras de comportamiento de la persona en su relación con otras, pero no respecto de sí misma –en otras palabras el Estado no debe inmiscuirse en regular conductas que en modo alguno interfieran en la órbita de acción de nadie más.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, es enfático en señalar, que cuando las conductas suponen un efectivo o probable riesgo de lesión o peligro a bienes jurídicos fundamentales o instrumentales, se activa la legitimidad constitucional del castigo penal. Desde este punto de vista, el principio de lesividad constituye el fundamento axiológico y el límite fundamental en la estructuración constitucional del delito, en la medida que las prohibiciones legislativas, a cuya infracción se atribuye una pena, se justifican únicamente si se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social.

Sin mayor dilación nos detenemos en los supuestos que nuestro TC destaca en cuanto a que las conductas autorreferentes, no pueden ni deben tener relevancia en el ámbito penal, aunque si relevantes en la asistencia médica, que el estado se obliga a prestar, de ahí que se contextualiza que el autoconsumo en la medida que forman parte del ámbito de libertad de desarrollo personal de cada individuo, y en razón de la inexistencia de afectación a la salud pública, que se traduce en la salud de la colectividad salvadoreña, es que de inmediato ante tales supuesto, se limita la intervención del poder estatal de punición.

Sin embargo, lo anterior no es una tarea automática, puesto que el criterio cuantitativo –más de dos o menos de dos gramos–, que regula el art. 34 LRARD, no debe valorarse aisladamente, sino a fin de delimitar entre: la posesión para autoconsumo –exenta de pena–; y la posesión encaminada al tráfico u otras conductas de promoción que sí deben ser castigadas, por lo que establece el TC, los supuestos siguientes: (a) el tipo de drogas; (b) grado de pureza; (c) nocividad -distinción entre drogas "blandas" y drogas "duras"-; (d) presentación; (e) variedad; (f) ocupación conjunta de varias sustancias; (g) ocultación de la droga; (h) condición de drogodependiente o no del poseedor (i) el uso de una falsa identidad del que la tiene; O) la tenencia de instrumento o material relacionado para la elaboración o distribución de la droga; (k) o de dinero en cantidades inusuales para la capacidad económica del procesado; y (l) el lugar y momento en que se ha realizado la ocupación de la droga.

Lo que debe reconocerse es que el TC, vía jurisprudencial, nos otorga sustratos para la interpretación adecuada del artículo 34 LRARD, empero en la práctica forense se dificulta el retomar los supuestos enumerados, sin embargo debe tomar preponderancia la etapa investigativa, al indagarse tales supuestos, ya el derecho comparado tomando de ejemplo Tribunal Supremo Español ha señalado que deberán tomarse aspectos como la demostración de que se es consumidor de la sustancia mediante documentos como el historial clínico, enfermedades, atenciones recibidas en centros asistenciales, pruebas periciales como el informe forense, así como la fijación de las cantidades que se consumen diariamente.

De tal forma, que el auto consumo como conducta no punible, debe acreditarse objetivamente de manera científica, mediante experticias que permitan la adecuada valoración de la drogodependencia y la autolesión que el individuo se ocasiona, a fin de descartar un perjuicio aun mayor a su conducta autolesiva acreditada, como lo puede ser la configuración de un proceso penal en su contra."

PROCEDE REVOCAR DETENCIÓN PROVISIONAL CUANDO EL JUZGADOR OMITE ANALIZAR CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS Y SUBJETIVAS DE LA CONDUCTA, DESDE UNA PERSPECTIVA AUTORREFERENTE DE CONSUMO DE DROGA

"CONSIDERANDO 3. En correlación con las ideas plenamente abordadas, en cuanto a la excepcionalidad de la medida cautelar de la detención provisional, en virtud de su carácter restrictivo de la libertad ambulatoria de los procesados, de su instrumentalidad, relacionada a los fines de la misma como lo es la eficaz administración de justicia, en cuanto a la adherencia del imputado al proceso, así como evitar la injerencia negativa que el procesado, ocasione sobre actos

procesales, fuentes probatorias, aunado a la mutabilidad que tal medida pueda percibir; el presente caso se contextualiza en la imputación del delito de Posesión y Tenencia Art. 34 LRARD, del cual se han soslayado y analizado, sustratos jurisprudenciales, que dan un apoyo sustancial a esta resolución, a fin de verificar si la detención cautelar decretada en contra de […], se reviste de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, en el sentido que logra denotarse de las actuaciones judiciales remitidas por el Juzgado Primero de Paz Soyapango, la solicitud realizada por la Defensa Particular, referida a que el Juzgado antes citado, gire un oficio a medicina legal para que se le realice un examen toxicológico de sangre a su defendido y así eventualmente dicho peritaje sirva como prueba de descargo a ofertar en etapa de instrucción, solicitando en ese sentido que dicho procesado se ponga a las órdenes del Instituto de Medicina Legal, para la realización de dicho examen.

De la anterior solicitud, el pronunciamiento es negativo, señalando la Juzgadora que para eso es la etapa de Instrucción y que en esa etapa solo le compete lo relativo a las medidas cautelares.

Sin embargo la solicitud de la práctica de dicha experticia, así como el sometimiento del encausado a la realización del mismo, debe verse en el marco del derecho de defensa que le asiste al procesado, en base a la facultad de poder solicitar, ofertar, producir y que sean valorados elementos de prueba de descargo, en sintonía con el cumplimiento del principio de objetividad encomendado a la representación fiscal, en el sentido de indagar no solo los elementos de cargo que se tenga contra el imputado, sino también aquellos elementos de prueba de descargo, favorables a su persona (Art. 75 in fine Pr. Pn.).

En el caso sub examine en base a los actos iniciales de investigación tenemos que al imputado se le incauto la cantidad de 13.1 gr, siendo de un valor total de CATORCE DOLARES CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS; elementos que si bien en este momento no deben valorarse en vista a sentenciar, sino a ubicar la medida cautelar adecuada, menos lesiva y razonable al procesado, la cual finalmente fue la detención provisional, sin embargo la Juzgadora, no analiza elementos que puedan dirigirse a un autoconsumo, del cual se solicitó respectivamente la experticia para acreditar ese supuesto, tampoco se atendieron circunstancias objetivas y subjetivas del caso, a fin de dilucidar una adecuada apariencia de buen derecho, o por el contrario, tener elementos sustanciales de estar en el escenario de una conducta autorreferente de consumo de drogas, en el que la persona es dependiente de las sustancias nocivas y en el que debe verificarse la presentación de las mismas, su pureza, variedad, y las condiciones del consumidor.

Esta Cámara, es sabedora de la brevedad del término de inquirir y en general de esta etapa inicial del proceso, sin embargo esto no es óbice para fortalecer las garantías y principios constitucionales del procesado, relativos a la defensa, contradicción, a la lesividad del bien jurídico, y la proscripción de la responsabilidad objetiva, en tal sentido no debe cargarse en perjuicio del imputado, cuando formalmente hay medidas menos restrictivas a la detención provisional, que de igual forma pueden cumplir los fines de la administración de justicia, máxime en un contexto en el que se solicita la práctica de un examen que dará claridad del supuesto estado de consumidor del procesado, así también no debe olvidarse

que al ser un delito de mera actividad y peligro abstracto, la detención en flagrancia supone un fácil acceso a las evidencias y fuentes probatorias, que acreditan la posesión y tenencia de estupefacientes, por lo que es lejana la posibilidad de una injerencia negativa del imputado a los elementos de prueba recolectados, aunado a la disposición de someterse a la experticia que demuestre su calidad de consumidor, lo cual se traduce en la presentación de la eventual hipótesis de defensa de una conducta no punible.

Debe establecerse además que en caso como estos, no debe atenderse a una rigurosidad, tal cual plantea el artículo 331.2 Pr. Pn, de no proceder a medidas sustitutivas, y es ahí donde el argumento del impetrante cobra mayor relevancia, al relacionar la normativa internacional, la cual exhorta la excepcionalidad de la detención provisional únicamente en los supuestos de evasión y obstaculización de la justicia, tratados supra en el Considerando 1, y de lo cual este Tribunal de Alzada, cree conveniente mantener este criterio, como consecuencia de un análisis integral de las circunstancias subjetivas del caso y el respeto de garantías constitucionales de todas las personas que afrontan un debido proceso.

En base a las argumentaciones precedentes, es plausible revocar la detención provisional, decretada por la señora Jueza Primero de Paz de Soyapango, en audiencia inicial de las once horas del día veintitrés de abril del año dos mil dieciocho, siendo menester sustituirlas por medidas alternativas, consistentes en: 1. Presentarse el imputado a firmar cada quince días en el Juzgado Primero de Instrucción de Soyapango, entidad judicial a la que se ha remitido las actuaciones, en etapa de instrucción formal; 2. No cambiar de residencia sin previa autorización judicial correspondiente; y 3. Someterse a tratamiento de rehabilitación, el cual debe acreditarse ante el juez la causa competente."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-105-18, fecha de la resolución: 04/05/2018

CONSIDERACIONES PARA EFECTO DE IMPONER DE LA PENA JUDICIAL

"Debido a que la competencia del tribunal que resuelve un recurso está delimitada por aquellos puntos de la decisión judicial que son tratados en los agravios debidamente expuestos por el recurrente, de conformidad con el Art. 459 Pr. Pn., es menester delimitar el thema decidendi.

En este caso, puede notarse que el Licenciado […], no crítica la condena decretada a su defendido, cuestiona el razonamiento judicial para la imposición de la pena en una quantum que considera inadecuado.

Lo anterior lo basa en que su representado declaró en juicio que el material vegetal que se le encontró era para autoconsumo.

Delimitado lo anterior corresponde hacer las siguientes consideraciones:

1.- Determinación judicial de la pena.-

Es la actividad mediante la cual el Juez competente fija la sanción - o quantum - que se impondrá a una persona declarada penalmente responsable de un ilícito, dentro de los límites impuestos por la ley (máximo y mínimo), tomando en consideración el disvalor de acción y del resultado, la proporcionalidad, la

culpabilidad del autor, así como los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la pena.

Dicha actividad, se realiza en dos momentos: la identificación del marco legal aplicable y la individualización de la sanción [Apl. 186-12-1 (3), Sentencia Definitiva de las 8:57 horas del 29 de agosto de 2012].

En el primer momento, también denominada determinación en sentido amplio, se realiza con la participación del Legislador y el Juzgador, y pretende establecer los límites mínimo y máximo, entre los que oscilará el quantum. Mientras que el Legislador indica en cada delito una pena relativamente indeterminada (parte especial), también identifica ciertos casos donde dichos limites mutarán – sea aumentando, sea disminuyendo – y son en éstos casos, donde es necesaria la concreción del Juzgador.

En el segundo momento, también denominada determinación en sentido estricto, es de exclusiva función del Juzgador, quien atendiendo a las circunstancias objetivas de la conducta y las subjetivas del imputado, fija el quantum que merece la persona declarada penalmente responsable por el ilícito cometido [Apl. 32-12-3, Sentencia Definitiva de las 15:56 horas del 22 de marzo de 2012].

En este segundo momento debe considerarse el art. 63 Pn., en cuanto a que:

"Para la determinación de la pena, en cada caso, se tendrá especialmente en cuenta:

1) La extensión del daño y del peligro efectivo provocados;
2) La calidad de los motivos que la impulsaron el hecho;
3) La mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho;
4) Las circunstancias que rodearon al hecho y, en especial, las económicas, sociales y culturales del autor; y,
5) Las circunstancias atenuantes o agravantes, cuando la ley no las considere como elementos del delito o como circunstancias especiales".

Debe aclararse que esas circunstancias no son taxativas, sino ejemplificativas, por cuanto no son las únicas que pueden considerarse para esa determinación, pudiendo utilizar cualquier otra que coadyuve establecer la pena adecuada, debiéndose expresar siempre las razones que amparan la decisión.

Expresar las razones en que se ampara una resolución, emana del mandato indicado en el art. 144 Pr. Pn., y que, para el caso de la motivación de la penal, deviene del deber judicial establecido en el art. 62 inc. 2 in fine Pn., en cuanto a que:

"[A]l dictar sentencia [el Juez] razonará los motivos que justifican la medida de la sanción impuesta, so pena de incurrir en responsabilidad" […].

En este segundo momento, es cuando deben de considerarse los aspectos del caso concreto y personales del sindicado. Para ello deben tomarse en dos principios: el de culpabilidad y el de lesividad, los cuales funcionan como dosificadores del quatum penal; así a mayor detrimento del bien jurídico, aumenta la pena, a menor daño, disminuye la sanción [y viceversa].

Además, también debe tomarse que - como se mencionó supra - la dosificación de la sanción también debe responder a aspectos como el disvalor del acto y de acción, todo medidos con base en elementos objetivamente determinables, sobre todo a partir de la visión mixta del injusto. Dicho análisis debe consignarse expresamente en la Sentencia Definitiva.

En efecto, los principios, condiciones o circunstancias derivadas de los principios de proporcionalidad, lesividad, disvalor de acción o de resultado, debe consignarse en el proveído que impone la pena, mediante la exposición de las razones tomadas en consideración por el A quo para establecer determinada pena.

Luego, si se impone una pena privativa de libertad, los motivos considerados por el Sentenciador para ello, deben consignarse expresamente en la decisión, misma que – en caso de varios imputados – debe ser individualizada por cada uno de ellos."

CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES RESPECTO DE LAS CONDUCTAS AUTORREFERENTES Y SOBRE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL AUTOCONSUMO DE DROGAS

"a.- En el caso de mérito, existe una expresión del recurrente en la cual refiere que a su cliente por haber declarado aceptando los hechos y que la tenencia era para auto consumo debía aplicarse la pena mínima y remplazársela por trabajo de utilidad pública o suspenderle la ejecución de la misma de conformidad con los arts. 74 y 77 Pn.

En la verificación de la sentencia, respecto a que la sustancia era para autoconsumo el sentenciador expresó:

Que se afirmó que el imputado viene efectuando este autoconsumo desde que tenía veinte años de edad, al respecto la defensa hace referencia en sus alegaciones finales que se requirió un examen físico al acusado a fin de determinar la existencia de evidencias sobre ello.

Sobre ello el juez menciona que en el fallo debe valorarse únicamente la prueba vertida en juicio a través de medios probatorios legalmente incorporados no sobre intencionalidades o gestiones que se hayan realizado infructuosas en procedimiento, por esa razón las expresiones son aisladas, no tienen un sustento probatorio que haya sido evidenciado en juicio.

En atención a esta afirmación del juez a quo y a que en la sentencia no consta mayor información al respecto, resulta pertinente verificar esa situación, y de esa revisión se obtiene que: […].

Lo anterior permite evidenciar que ha existido la búsqueda de una actividad probatoria por parte de la defensa tendiente a establecer una conducta autorreferente de su patrocinado, en la cual el imputado ha sostenido que desde que tenía veinte años es consumidor de droga.

Se puede advertir que el Juzgado Séptimo de Instrucción de esta ciudad, autorizó y gestionó su realización, sin que la misma se pudiese efectuar, desconociéndose las circunstancias específicas del por qué no se realizó, de manera que no existe en el proceso dato objetivo que reafirme esa calidad de consumidor referida por el imputado.

Siendo por tal motivo que el juzgado estimó que no existen elementos probatorios que respaldaran la versión del imputado respecto a su conducta como consumidor de droga, asimismo como parte de ello, citó la sentencia […], en la que se hace referencia al tema de la conducta autorreferente.

Dado lo expresado por el juzgador y lo expuesto por la defensa resulta pertinente referir que la Sala de lo Constitucional sobre el tema de las conductas autorreferentes ha expuesto que:

"…., una conducta autorreferente –es decir sin posibilidad remota de poner en peligro a otros– y de alguien a quien en su mayoría de edad y conforme a una decisión personal decide afectar su propio ámbito de salud con relación al consumo de sustancias estupefacientes, no puede considerarse un hecho relevante a efectos penales, aunque sí con relación al deber de asistencia médica que el Estado se encuentra obligado a brindarle para superar su adicción, en particular con relación a las clínicas de rehabilitación de drogodependientes." [Sentencia acumulada de Inconstitucionalidad, de las nueve horas del día dieciséis de noviembre de dos mil doce, 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007].

De conformidad a la citada sentencia donde se decreta la constitucionalidad del Art. 34 de la LRARD, se encuentra que se distingue aquellas conductas que, por su grave riesgo a terceros, determinan la necesidad de imponer una sanción penal, de aquellas otras que sólo implican un ejercicio de libertad, aunque resulte perjudicial para el propio individuo que la realiza.

De conformidad con lo vertido por la Sala de lo Constitucional los incisos 1° y 2° del Art. 34 LRARD, deben ser entendidos considerando que la posesión o tenencia para el "auto-consumo", en la medida que forma parte de ese espacio incoercible del libre desarrollo de la personalidad, está fuera del ámbito del Derecho Penal.

No obstante lo anterior, también se reflexiona que, más allá de la cantidad de la droga que el sujeto posea, toda vez que la sustancia o material vegetal esté determinado para efectuar alguna de las actividades como la siembra o cultivo, procesamiento químico, tráfico u otra actividad relativa a la promoción del uso de drogas, es acertado que, luego del desarrollo de la actividad probatoria pertinente, se aplique el castigo penal de conformidad con los parámetros legales establecidos.

En este sentido la mencionada Sala indica que:

"3. A. Desde esta perspectiva, es posible entonces realizar una interpretación de los incs. 1° y 2° del art. 34 LERARD conforme con los parámetros constitucionales, que respete por un lado el ámbito de libre decisión de los ciudadanos –su ámbito privado– pero por otro que también salvaguarde la salud pública como un presupuesto esencial de una sociedad sana.

Así, el criterio cuantitativo que se alude en ambos incisos, debe entenderse como un criterio que el Juez ha de tener en cuenta a la hora de examinar la tipicidad de la conducta a fin de delimitar entre: (i) la posesión para autoconsumo –exenta de pena–; y (ii) la posesión encaminada al tráfico u otras conductas de promoción que sí deben ser castigadas; más no debe ser el único criterio, ya que debe tener en cuenta otros como los relativos al tipo de droga, el grado de pureza, circunstancias relativas a su hallazgo y en relación con la personalidad de su poseedor." […].

De conformidad con estos aspectos la Sala de lo Constitucional considera que el juzgador en oportunidad de su deber de decisión sobre la aplicación de la consecuencia penal prevista en cualquiera de los dos primeros incisos del Art. 34 LRARD, deberá verificar y comprobar la concurrencia de factores que permitan

determinar que no se trata de un simple consumo, y que esa tenencia de droga tiene la aptitud para poder poner en peligro la salud de terceros.

En otras palabras según lo vertido, el elemento subjetivo del tipo - de necesaria comprobación procesal - para la aplicación de cualquiera de las conductas reguladas tanto en el inciso primero como en el segundo, el criterio cuantitativo de la cantidad -más de dos o menos de dos gramos - debe ser complementado en el análisis judicial con otros aspectos.

Entre estos la Sala de lo Constitucional menciona:

"(a) el tipo de drogas; (b) grado de pureza; (c) nocividad –distinción entre drogas "blandas" y drogas "duras"–; (d) presentación; (e) variedad; (f) ocupación conjunta de varias sustancias; (g) ocultación de la droga; (h) condición de drogodependiente o no del poseedor; (i) el uso de una falsa identidad del que la tiene; (j) la tenencia de instrumento o material relacionado para la elaboración o distribución de la droga; (k) o de dinero en cantidades inusuales para la capacidad económica del procesado; y (l) el lugar y momento en que se ha realizado la ocupación de la droga." […].

En el caso bajo estudio, el sentenciador ha tomado como sustento de su decisión las declaraciones de los agentes captores, decomiso de droga, experticias de la droga incautada [que determinó su peso, valor comercial y cantidad de cigarros que podrían manufacturarse], e incluso la versión dada por el procesado, y como se mencionó supra descartó la existencia de elementos que corroboraran esa expresión "autoconsumo".

Como se ha mencionado de lo resuelto y de la apelación se desprende que lo relativo a la tenencia y posesión de marihuana por parte del imputado no se encuentra en discusión, sino más bien el propósito de la misma, y en base a ello es que el defensor solicita se reduzca la pena y se aplique el reemplazo o la suspensión de la misma.

Sobre este aspecto especifico, el sentenciados concluyó que el momento en que el procesado es observado y conforme a su declaración, él estaba a escasa distancia de su casa de habitación y que el hallazgo de la droga se trataba de treinta y cinco porciones; denotando que en ese momento no era para su consumo, sino que estas iban anudadas en bolsitas transparentes y que no se le encontró ningún otro material para realizar el consumo, es decir, ni papel, ni tampoco algún cerillos o encendedor, es decir, en ese momento no iba dirigido para su consumo.

Estas razones le hacen notar que el aspecto autorreferente no se demostró en juicio y que en el caso particular la forma peculiar del hallazgo de la droga, de treinta y cinco porciones, se destaca el ánimo de traficar, por lo que se ha establecido la existencia del delito como también la participación del acusado, siendo por ello que impuso una pena ligeramente arriba de la mínima.

b.- De conformidad con lo anterior se tiene que:

- La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional sobre la conducta autorreferente en los dos primeros incisos del Art. 34 LRARD, definen que el juzgador debe verificar y comprobar la concurrencia de factores que permitan determinar que esa tenencia de droga tiene la aptitud para poder poner en peligro la salud de terceros, que no se trata de una simple tenencia para consumo propio.

- El juez sentenciador, pese a una expresión clara del imputado de ser consumidor y ante la falta de una pericia toxicológica [que finalmente no se pudo efectuar no obstante estar autorizada] descartó de manera categórica el autoconsumo, sin profundizar en el análisis integral de esa aserción con el resto de datos probatorios y elementos y/o circunstancias específicas que rodean el hallazgo.

En atención a ello, resulta oportuno indicar que:

Según los elementos de prueba, el imputado […], fue sorprendido, […].

Éstos le observaron correr sobre el pasaje cuatro de la mencionada colonia por lo que decidieron seguirlo a pie, mandándole los comandos verbales, sin que los atendiera, interceptándolo y requisándolo, […].

Este Tribunal no obstante la afirmación de […] - quien expresa ser consumidor de droga - no puede considerar que todo el material vegetal - marihuana - que portaba el imputado al momento de su detención sea para su autoconsumo, ya que en la afirmación de la defensa se ha obviado conjugar aspectos relativos al tipo de droga, la distribución de la misma, circunstancias referentes a su hallazgo y cuestiones relacionadas con la personalidad de su poseedor, tal y como la sentencia de lo Constitucional ha previsto.

No resulta razonable admitir que una persona que fuma marihuana, por el simple hecho de ser un consumidor de la misma, camine por las calles con una considerable cantidad de ese material vegetal y distribuido de la manera en la que el imputado la portaba.

En relación a este tema la Sala de lo Penal ha expresado:

"Para este Tribunal, del conjunto de deducciones relacionadas en la sentencia, se puede advertir que ciertamente la Alzada efectuó conclusiones precipitadas, pues no resulta razonable admitir que una persona que fuma marihuana camine por las calles con una exagerada cantidad de esa sustancia sólo por el simple hecho de ser un consumidor de la misma; además, resulta precario afirmar, como lo sostuvo la Cámara, que existe proporcionalidad entre la sustancia incautada (60.8 gramos, que permiten manufacturar 122 cigarrillos), con respecto a la cantidad que el sujeto dice fumar (4 a 5 veces al día, o sea, 5 cigarrillos al día); siendo notorio, entonces, que el decomiso rebasa su consumo diario. Pero nótese, respecto a este punto, que dicha aseveración no contiene un respaldo probatorio, pues según se aprecia en la explicación que al respecto indica la Alzada, se trata de un argumento que en su defensa esgrimió el propio imputado; de tal suerte, que la afirmación de la Cámara carece de un adecuado fundamento al no sustentarse en algún estudio autorizado." [Sentencia de Casación 124C2015, de las ocho horas con cinco minutos del doce de noviembre del año dos mil quince]

La conducta autorreferente descrita por el imputado debe ser verificada con elementos como la cantidad de la droga incautada, su calidad, su valor económico, la manera en la que estaba dispuesta, los ingresos económicos del imputado, entre otros factores que ayudan a aclarar el verdadero motivo de la tenencia.

En el caso de mérito se puede verificar que concurren algunos de los criterios contenidos en la sentencia de la Sala de lo Constitucional relacionada supra, ya que se ha determinado que el material decomisado al imputado era droga ma-

rihuana, considerada como una droga blanda, la cantidad incautada es superior a 36 gramos […], lo que determina que se le encontró una cantidad considerable.

El valor comercial no puede ser considerado como mínimo, y debe de verificarse la capacidad económica del imputado, quien ha expresado ser panificador, […], actividad económica que muy difícilmente permitiría estimar que le podrían generar ganancias para adquirir con facilidad la cantidad de droga que llevaba consigo en ese instante y para el destino que éste afirma que la quería - autoconsumo -.

Debe considerarse además que la misma fue encontrada al imputado en las cercanías de su residencia, en momentos en que éste corría (sin que se especifique en qué dirección) - aspecto que de acuerdo a las reglas de la lógica deja entrever un ánimo que busca tratar de ocultarla, asimismo nos indica que no tendría por qué portar droga en un lugar público teniendo su residencia cerca, pudiéndola tener en dicho lugar-; la misma fue encontrada al inculpado distribuidas en treinta y cinco porciones pequeñas, es decir de manera segmentada, signo característico cuando se busca un fin ulterior del material vegetal.

Además, se comprobó, por medio del examen toxicológico, que es consumidor de marihuana; tampoco se le incautó ningún instrumento o material del que se infiriera que el enjuiciado iba a distribuir la droga; por último, al momento de la captura, el inculpado se encontraba solo y no se le decomisó ninguna suma de dinero.

En razón de lo anterior se tiene que la captura del enjuiciado obedeció a que el agente captor […], expresó haberle observado una actitud “sospechosa”, al notar su presencia en la zona, opto por darse a la fuga; el lugar donde se encontraba […], circunstancias que puede traducirse en un indicador, para poder observar que el sujeto se encontraba en condiciones que permiten ser proclives para realizar la distribución del material vegetal ilícito que portaba, mereciendo ello una especial consideración […].

De manera que no puede admitirse la tesis de que todo ese material vegetal estaba destinado para el consumo del imputado, no siendo atendible el argumento de las defensa.”

PROCEDE CONFIRMAR CONDENA CUANDO EL JUZGADOR HA ESTABLECIDO CORRECTAMENTE LOS LÍMITES MÍNIMOS Y MÁXIMOS ENTRE LOS QUE OSCILA EL QUANTUM PENOLÓGICO

“c.- En relación al quantum específico de la pena, el juez sentenciador medularmente afirma que:

En cuanto a la existencia del daño y peligros efectivos provocados se ha determinado que el delito que se conoce constituye el de Posesión y Tenencia [Art. 34 inciso 2° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas], debiéndose tomar en cuenta que la drogadicción es un fenómeno que deteriora la salud física y mental de los habitantes de la Republica y es un factor criminógeno que atenta contra las bases económicas, sociales, culturales y políticas.

Los motivos para el cometimiento de dicho acto, fueron de manera consciente, es decir, el imputado actuó con dolo para lograr consumar su delito y la impunidad de este; y se concluye que potencialmente sus motivos son económicos,

es decir, que tiene como fin la posibilidad de lucrarse del producto de la venta de la droga.

El juzgador toma en consideración que "…al momento de la comisión del hecho el imputado era una persona de treinta y cuatro años de edad…" [Sic], panificador, considerándose con ello que el imputado tenía el suficiente raciocinio y conciencia sobre lo ilícito de su actuación.

Con ello denota el juzgador que el imputado es una persona con la suficiente edad, como para denotar que está suficientemente instruida para comprender y saber lo ilícito de sus actuaciones.

Sobre las circunstancias que rodean el hecho, el juez refiere medularmente el hecho tenido por acreditado y sus particularidades, indicando que según el relato del agente captor el imputado ingresó corriendo a uno de los pasajes y al decirle que se detuviera no lo hizo, por lo que fue interceptado y se le encontró en el bolsillo de la calzoneta material vegetal, treinta y cinco porciones pequeñas - cada una dentro de bolsas plásticas transparente anudadas - que se determinó es marihuana.

Consideró el Tribunal que en el presente caso no existen situaciones agravantes ni atenuantes que apreciar, por lo que le impuso la pena de tres años cuatro meses.

Con lo anterior se advierte que el juez es del criterio que no se trata de una tenencia para autoconsumo, sino para lucrarse con el material vegetal.

Como puede observarse en el razonamiento judicial se hace la identificación del marco legal aplicable, cuando menciona el 34 inciso 2° de la LRARD, y define la individualización de la sanción o establecimiento del quantum de la pena, estableciendo que es de tres a seis años; también es evidente que esta tasación se encuentra en la disposición que contiene el tipo penal que el juez menciona, por lo que este momento para la determinación de la pena se tiene por colmado.

Se tiene entonces que se establecen los límites mínimo y máximo, entre los que oscilará el quantum, esto en concordancia con lo establecido en el art. 62 Inc. 2 Pn., que establece que la pena no puede sobrepasar esos límites, se mencionan las particularidades del hecho que se tuvo por acreditado, el modo de actuar del imputado - voluntariedad de realizar la acción (dolo) -, la capacidad de su discernimiento sobre lo lícito e ilícito dada su edad, el número de porciones que se le incautaron, la extensión del daño a la Salud Pública, en fin los aspectos regulados en el Art. 63 Pn.

Con ello el juzgador, atendiendo a las circunstancias objetivas de la conducta y las subjetivas del imputado, fijó el quantum que a su juicio le merecía el imputado declarado penalmente responsable por el ilícito cometido, siendo esta de tres años cuatro meses, es decir una pena levemente sobre el límite mínimo y considerablemente abajo del límite máximo.

Lo anterior, y en atención a que no resulta creíble que las treinta y seis porciones sean para su consumo individual, en el caso de mérito, no resulta procedente disminuir la penal hasta el mínimo como pretende la defensa, por lo que a partir de ello – y ante la imposibilidad de valorar otros elementos – se debe respetar la tendencia fijada por el Sentenciador en cuanto a imponer un poco más que la pena mínima a este caso, por lo que, no se acoge el argumento del impetrante."

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS SEGÚN LA DOGMÁTICA PENAL, DE CONFORMIDAD A SU FORMA DE EJECUCIÓN

"Corresponde en este apartado el análisis de fondo de la única queja que superó el análisis liminar de admisibilidad, la cual es: 1) "errónea interpretación del art. 34N°1 en defecto del art. 32 N°1 ambas disposiciones reguladas en el C.Pr.Pn".

Luego de examinar la queja esbozada por la recurrente, esta cámara considera plausible desarrollar este apartado de conformidad al siguiente iter lógico: desarrollar acotaciones dogmáticas del delito tipificado como Uso y Tenencia de Documentos Falsos, haciendo alusión además en algunas clasificaciones de los delitos en relación a su forma de ejecución (1), posteriormente, se realizara acotaciones dogmáticas de la figura jurídica de la prescripción de la acción penal (2) siendo este el preámbulo para establecer si en el caso de mérito es plausible o no, acceder lo requerido por la apelante(3) finalizando así con una conclusión del caso en estudio.(4)

1. Al sindicado se le atribuye la comisión del delito calificado provisionalmente como Uso y Tenencia de Documentos Falsos; en este sentido, debe examinarse la calificación jurídica de los hechos acusados, para determinar si son adecuados típicamente al delito atribuido, por el cual el señor […] ha sido procesado, para ello es necesario acudir al supuesto de hecho del tipo penal que prevé el artículo 287 del Código Penal, el cual literalmente dice:

"El que con conocimiento de la falsedad y sin haber intervenido en ella, hiciere uso o tuviere en su poder un documento falsificado o alterado, sea público, auténtico o privado, será sancionado con prisión de tres a cinco años".

El delito en estudio, se encuentra contemplado dentro del capítulo de la falsificación de documentos, específicamente dentro de los delitos relativos a la fe pública.

De lo antes expuesto, se infiere que el aspecto fundamental de la descripción del tipo penal calificado como Uso y Tenencia de documentos Falsos, radica en atribuible al sujeto pasivo desde el momento en el que se pretende introducir al tráfico jurídico el documento que se trate, del cual constituye generar un perjuicio al bien jurídico protegido por el tipo, que tal y como se ha mencionado anteriormente se trata de la fe pública. Ahora bien, para que el mismo sea consumado son necesarios ciertos aspectos derivados de la esencia misma del artículo, dichos aspectos son los siguientes:

a) Que se conozca la falsedad del documento y que no se haya intervenido en su elaboración.
b) Que se haga uso del documento o que se tenga en la esfera de disposición.
c) Que se trate de un documento público, auténtico o privado.

En esa secuencia es necesario abordar la conducta "típica" de conformidad al contexto de lo requerido por la recurrente, por ello, esta Cámara considera procedente hacer algunas valoraciones respecto de algunas formas ejecución de los delitos, pues ello tiene especial vinculación en la prescripción de la acción penal.

Así pues, la dogmática penal y de conformidad a su forma de ejecución, los delitos pueden clasificarse como: conexos o compuestos, flagrantes, continuados, permanentes, de estado, o de ejecución instantánea. Ahora bien para efectos de la presente resolución –a criterio de esta Cámara-, será necesario al menos para efectos de ilustración desarrollar algunas consideraciones que se circunscriben a la distinción de los delitos denominados: de ejecución instantánea, permanentes y delitos de estado o de ejecución instantánea con efectos de permanencia.

a. Los delitos instantáneos: son aquellos en que la vulneración jurídica realizada en el momento de consumación se extingue con estas; es decir la acción coincide con la consumación o la puesta en peligro, por lo que el sujeto activo no tiene ningún poder para prolongarlo ni para hacerlo cesar.

En ese sentido entonces, el delito de ejecución instantánea no requiere mayor complejidad, y es que bajo ningún criterio puede prolongarse en el tiempo, y el tiempo de consumación se agota en una sola acción; V.gr, el homicidio, el robo, el hurto.

b. Por su parte son delitos permanentes aquellos en los cuales el comportamiento del agente se mantiene de manera continua, permanente, en el tiempo. En los delitos permanentes también se ha considerado que acaece una unidad de hecho, aunque la conducta se integre por diferentes actos, una primera formulación de los delitos permanentes, es aquella que comprende la realización repetida del tipo penal, o la realización progresiva del mismo (Mir Puig Santiago "Derecho Penal. Parte General. 2004 p 635) en ambos casos se sostiene que las conductas se encuentran centradas en la unidad de acción la cual se configura con una base esencialmente normativa, es decir típica.

En el sentido indicado ha de reconocerse que el delito permanente también capta diferentes realidades de extensión de las conductas típicas en el tiempo, lo cual ocurre de manera similar con el delito continuado, de ahí que el criterio diferenciador ha de ser la estructura típica con la cual el legislador construyó en su momento la conducta delictiva incriminada, si la misma ha sido fundada sobre la base de una conducta previamente definida como reiterativa, en ella no puede aplicarse la unidad del hecho que supone el delito continuado, por cuanto su constitución ha sido elaborada como una reiteración de conductas, con lo cual el tipo penal se ha estructurado sobre la figura de los delitos permanentes.

Han de entenderse entonces como delitos permanentes: aquellos que presupongan una unidad de acción, definida sobre la base de la estructuración de los tipos penales, en la cual se originará una unidad típica de acción –distinta a la del delito continuado– cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica según el propio sentido del tipo penal, ello obedece a la construcción de figuras típicas que requieren típicamente una reiteración de actos, que se consideran en una única acción los actos individuales realizados.

En otras palabras los delitos que presentan la estructura de un delito permanente según la constitución del sentido de la previsión legal, y en tal caso no corresponde considerarlos como delitos sujetos a la forma del delito continuado, por cuanto tal continuidad ya ha sido previamente prevista por el legislador al considerarlos delitos de estructura permanente, según la misma configuración

reiterativa que se ha insertado en las conductas previstas en la norma incriminadora o de imputación.

c. finalmente el delito de estado o de efectos permanentes es aquel que si bien se consuma en un solo instante, su consumación crea una nueva situación o estado que dura en el tiempo al margen de la voluntad del autor, [….]. El delito de "estado" no debe confundirse con el "permanente", porque en éste el estado de consumación, una vez producido, continúa en el tiempo siempre que la acción que lo ha provocado se mantenga en constante ejecución, todo ello a voluntad del sujeto activo, lo que no sucede en el delito de estado, que si bien crea una nueva situación, esta no depende de la voluntad del autor." [Mario Garrido Montt, Derecho Penal Parte General Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2003, pág. 258 y siguientes].

En ese sentido, los delitos de estado, la acción que produce el resultado consuma el delito en un solo momento, aunque persistan determinados efectos, pero que no tiene relevancia respecto al ámbito de la consumación, puesto que en ellos no se extiende la acción consumativa, sino únicamente se derivan consecuencias dañosas que no tiene la virtud de reputar la permanencia de la actuación; es decir, la conducta queda agotada con el resultado típico y la acción no se extiende ya en una actividad permanente; tal distinción es relevantes en el tópico de la prescripción de la acción penal, puesto que en los delitos de estado agotada la acción y consumado el resultado, aunque los efectos lesivos se extiendan en el tiempo, el delito previamente ha alcanzado su consumación y en consecuencia no deviene en una infracción de carácter permanente."

CÓMPUTO DE LOS PLAZOS A TOMAR EN CUENTA COMO PUNTO DE PARTIDA

"2. La prescripción de la acción penal es una causa de extinción de la pretensión punitiva que opera por el mero transcurso del tiempo tras la inactividad estatal ante la comisión de un delito se cuenta desde el momento de cometido el hecho hasta el momento de ejercida la acción (presentación del requerimiento fiscal), art. 31 Nº 2, 32 y 33 Pr. Pn.

El aspecto esencial es determinar si los hechos denunciados han prescrito conforme a la ley, es decir, si por el transcurso del tiempo entre la presentación del requerimiento fiscal (que es el acto con el que inicia el proceso judicial) y la consumación de los hechos objetos denuncia ha prescrito la acción penal.

Es así como el art. 32 Pr. Pn., respecto a la prescripción de la acción establece:

"(…) Si no se ha iniciado la persecución, la acción penal prescribirá:

1) Después de transcurrido un plazo igual al máximo previsto en los delitos sancionados con pena privativa de libertad; pero, en ningún caso el plazo excederá de quince años, ni será inferior a tres años.
2) A los tres años en los delitos sancionados sólo con penas no privativas de libertad.
3) Al año en las faltas.

La prescripción se regirá por la pena principal y extinguirá la acción aún respecto de cualquier consecuencia penal accesoria.

No prescribe la acción penal en los casos siguientes: tortura, actos de terrorismo, secuestro, genocidio, violación de las leyes o costumbres de guerra, desaparición forzada de personas, siempre que se tratare de hechos cuyo inicio de ejecución fuese con posterioridad a la vigencia del presente Código".

Para el entendido de la anterior disposición es preciso tomar en cuenta lo que dispone el artículo 12 del Código Penal, que bajo el epígrafe TIEMPO Y LUGAR DE REALIZACION DEL HEHCO PUNIBLE, refiere:

"El hecho punible se considera realizado en el momento de la acción o de la omisión, aún cuando sea otro el tiempo del resultado.

La omisión se considera realizada en el momento en que debió tener lugar la acción omitida.

El hecho punible se considera realizado, tanto en el lugar donde se desarrolló, total o parcialmente la actividad delictuosa de los autores y partícipes, como en el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado o sus efectos.

En los delitos de omisión el hecho se considera realizado donde debió tener lugar la acción omitida".

La prescripción en su esencia supone entonces un límite temporal que el Estado se impone para llevar a cabo la persecución y castigo de los ilícitos penales, constituyéndose por un lado en un instrumento potenciador del derecho de los procesados a ser perseguidos en un plazo razonable, y por otro en un estímulo para la actividad estatal oportuna y efectiva de los órganos encargados de la persecución penal, ante el evento de la imposibilidad de realizar el derecho penal sustantivo más allá de determinado espacio temporal.

Cuando el ente encargado de la persecución penal (en los delitos de acción pública en sentido estricto y de acción pública previa instancia particular) o particular interesado mediante al apoderado especial (delitos de acción privada) no pone en conocimiento de la autoridad judicial de los hechos punibles, pudiera entenderse que de su parte realiza una renuncia ante su no ejercicio durante el tiempo.

Es así, y aunque la naturaleza jurídica de la prescripción es en esencia material, al constituirse en una limitante del poder punitivo, debemos considerar el tipo de derecho que está en juego tal consideración es determinante en el presente caso.

Dado que la queja versa en la prescripción de la acción penal, es pertinente dilucidar cuál es la fecha que debe tomarse como punto de partida para el cómputo de la misma, en ese sentido, es preciso traer a colación lo que dispone el artículo 33 Pr. Pn:

"El tiempo de la prescripción de la acción penal comenzará a contarse:

1) Para los hechos punibles perfectos o consumados, desde el día de su consumación.
2) Para los delitos imperfectos, desde el día en que se realizó el último acto de ejecución.
3) Para los hechos punibles continuados, desde el día en que se realizó la última acción u omisión delictuosa.
4) Para los delitos permanentes, desde el día en que cese la ejecución
5) Para los delitos y faltas oficiales desde que el funcionario haya cesado en sus funciones…"

De esa disposición legal se denota, que el plazo de prescripción comienza a computarse en atención a una diversidad de variables, como el grado de ejecución del hecho, la modalidad en que se cometa, y la calidad del sujeto activo; por lo que para el caso de marras, a partir de la construcción doctrinaria desarrollada supra, será necesario examinar tales circunstancias y determinar si para el caso de mérito la acción penal correspondiente al delito de Uso y tenencia de Documentos Falsos a la fecha de presentación de requerimiento fiscal ha prescrito."

ACCIÓN PENAL NO PRESCRIBE MIENTRAS NO SE HAYA CUMPLIDO CON EL LÍMITE MÁXIMO DE LA PENA DE PRISIÓN, CON RESPECTO AL DELITO DE USO Y TENENCIA DE DOCUMENTOS FALSOS

"3. En el caso en examen para determinar el momento de consumación de los hechos será necesario retomar algunas diligencias sustanciadas en el desarrollo de todo el proceso; para ello, se analizara en orden cronológico las diversas actuaciones.

En este orden, […] se encuentra agregados los oficios elaborados por el Vice Ministerio de Transporte de fechas once y dieciocho de diciembre de dos mil catorce, en los cuales informan a la Fiscalía General de la Republica, las presuntas anomalías realizadas por el señor […], de la comisión del delito calificado en ese momento como Falsedad Documental.

Es así como luego del aviso impetrado, el Ministerio Público Fiscal en el pleno ejercicio del ius persecuendi conferido por la Constitución, interpuso requerimiento fiscal presentado al Juzgado Octavo de Paz de San Salvador, con fecha quince de enero de dos mil dieciocho (aproximadamente cuatro años después), iniciando desde ese momento la "judicialización" del proceso.

Ahora bien, expuesta la cronología de eventos lo que corresponde es precisar el momento de consumación del delito, de cara a establecer si a partir de las reglas que derivan de la integración de los art. 32 y 33 Pr. Pn., la conducta criminal ha prescrito; para ello, es pertinente indicar cuál es la naturaleza del delito según su momento de ejecución (acorde a la clasificación desarrollada en párrafos que preceden); es decir, si el delito de uso y tenencia de documentos falsos puede adecuarse a los presupuestos de los ilícitos de carácter permanente, de estado, o de ejecución instantánea, y a partir de ello establecer cuál es la fecha de consumación del delito.

En este orden, según la interpretación del art. 287 Pn., el delito puede clasificarse como de ejecución instantánea en virtud que desde el momento en el que el documento se obtiene la conducta se encuentra consumada en cuanto a la tenencia del mismo, suceso que puede postergarse en el tiempo, ya que se trata de un documento de uso indefinido, el cual a pesar de la existencia de una vigencia establecida, el mismo es necesario para la consecuencia de derechos posteriores – propios del documento.

En cuanto a la conducta relativa al uso, la misma es atribuible al sujeto pasivo desde el momento en el que se pretende introducir al tráfico jurídico el documento que se trate, del cual constituye generar un perjuicio al bien jurídico protegido por el tipo, que tal y como se ha mencionado anteriormente se trata de la fe pública.

En ese sentido al tener clara la calificación jurídica y el título de imputación atribuido al procesado, si la penalidad para el autor por el ilícito de Uso y Tenencia de Documentos Falsos tendrá un límite máximo de cinco años de prisión.

Al realizar la aritmética en entre la fecha sugerida de perfección del ilícito (03-11-2014), (29-11-2014) (03-12-2014) y su aviso a la representación fiscal (08-12-2014) y (11-12-2014), la fecha trascurrida en ese ínterin, corresponde a (3 años 2 meses 1 semana y 1 día) (tres años 1 mes, 2 semanas y 2 días) (3 años, 1 mes, 1 semana, 5 días), lapso que evidentemente no traspasa el límite superior de la pena de prisión que ostenta el delito de uso y tenencia de documentos falsos.

En esa secuencia, debemos referir que el tema del particular está referido a determinar si los hechos calificados jurídico-penalmente como Uso y Tenencia de Documentos Falsos , se encuentran o no prescritos, por lo que debemos analizar (sin ser repetitivos) aún más el injusto con el objetivo de definir su contenido normativo, esto es, si el mismo perfila algún tipo de norma particular de prescripción que le resulte aplicable (i), acto seguido se estudiarán las disposiciones de la prescripción, definiendo el conteo respectivo (ii) y finalmente se analizará el caso bajo estudio.

En tal sentido, como ya se hizo referencia en párrafos que preceden, respecto al cómputo de la prescripción el artículo 33 Pr. Pn, prescribe:

"El tiempo de la prescripción de la acción penal comenzará a contarse:

1) Para los hechos punibles perfectos o consumados, desde el día de su consumación.

Asimismo, el artículo 32 del mismo cuerpo legal indica:

"(…) Si no se ha iniciado la persecución, la acción penal prescribirá:

Después de transcurrido un plazo igual al máximo previsto en los delitos sancionados con pena privativa de libertad; pero, en ningún caso el plazo excederá de quince años, ni será inferior a tres años (…)"

Desde esta perspectiva, al integrar ambos preceptos y teniendo en consideración que el delito se perfeccionó al momento en que el imputado presenta los documentos falsos en las oficinas de Sertracen, al realizar el computo que data los días siete y veintinueve de noviembre y tres de diciembre todos del año dos mil catorce, hasta su presentación en el juzgado octavo de paz el día quince de enero de dos mil dieciocho, el tiempo trascurrido en dicho ínterin es exactamente (3 años 2 meses 1 semana y 1 día) (tres años 1 mes, 2 semanas y 2 días) (3 años, 1 mes,1 semana, 5 días), por lo que, no se ha cumplido con el límite máximo de la pena de prisión para el delito en conocimiento (tres a cinco años de prisión) como regla principal para decretar la prescripción, en consecuencia la acción penal no ha prescrito, y así ha de pronunciarse en la parte dispositiva de la presente resolución. Por lo que al realizar esa interpretación la conducta atribuida al procesado al momento de su presentación en sede judicial, aún no está prescrita."

PROCEDE REVOCAR EL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO CUANDO EL DELITO NO HA PRESCRITO EN NINGUNA DE LAS ÓPTICAS REGULADAS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

"Retomando la declaración de prescripción de la acción penal deberá entonces necesariamente constar de un examen sobre la naturaleza de los hechos

atribuidos, su momento de consumación y encuadramiento en cualquiera de los supuestos contemplados en el artículo precedente.

El delito de Uso y Tenencia de Documento Falsos se encuentra descrito típicamente en el artículo 287 CP, el cual literalmente establece:

"El que con conocimiento de la falsedad y sin haber intervenido en ella, hiciere uso o tuviere en su poder un documento falsificado o alterado, sea público, auténtico o privado, será sancionado con prisión de tres a cinco años".

El delito en estudio, se encuentra contemplado dentro del capítulo de la falsificación de documentos, específicamente dentro de los delitos relativos a la fe pública. Ahora bien, para que el mismo sea consumado son necesarios ciertos aspectos derivados de la esencia misma del artículo, dichos aspectos son los siguientes:

a) Que se conozca la falsedad del documento y que no se haya intervenido en su elaboración.
b) Que se haga uso del documento o que se tenga en la esfera de disposición.
c) Que se trate de un documento público, auténtico o privado.

Las conductas que se han detallado construyen la tipicidad exigida por el legisferante para determinar si se está frente a la ejecución de un delito o no.

Se tiene así que se trata de una conducta de ejecución instantánea con efectos permanentes,

La secuencia, para verificar el conteo de la prescripción, de acuerdo a la narración de los hechos, versarían en que estos sucedieron específicamente los días tres y veintinueve de noviembre y el tres de diciembre del año dos mil catorce.

Se observa que el A quo ha valorado conforme a lo establecido en el Art. 34 Nº 1 del C. Pr. Pn., "La inactividad en el proceso tendrá como consecuencia la declaración de la prescripción de la persecución, la que será declarada de oficio o a petición de parte y el computo deberá realizarse a partir de la última actuación relevante en los términos siguientes:

Después de transcurrido un plazo igual a la mitad del máximo previsto en los delitos sancionados con pena privativa de libertad; pero, en ningún plazo excederá de diez años, ni será inferior a tres años.

Como se estableció antes el requerimiento fiscal fue presentado en la secretaria del Juzgado Octavo de Paz de San Salvador el día quince de enero de dos mil dieciséis.

En ese sentido se observa que el juzgador tomo como parámetro para aplicar la prescripción; en primer lugar a su criterio el delito en estudio había iniciado su computo con el aviso que le fue proporcionado por parte del Vice Ministerio de Transporte a la Fiscalía General de la Republica, es ahí donde el A quo aplica de forma errónea la aplicación del art.34 del C.pr.pn porque a su criterio la prescripción se dio durante el procedimiento, y en base al aviso dirigido a la Fiscalía general de la república , no así como punto de acción judicial de la presentación del requerimiento fiscal.

Como se abordó anteriormente, la prescripción durante el procedimiento comienza cuando ya se ha presentado a sede judicial el requerimiento fiscal, es ahí que se puede tomar en cuenta el computo de la prescripción penal en el procedimiento; caso distinto seria el escenario en donde el ministerio público en

las diligencias de investigación se demorara en el accionar de la persecución del delito, y sobrepase el tiempo establecido por el legislador para poder iniciar la acción penal.

En ese sentido se concluye que el delito de uso y tenencia de documentos falsos atribuido al imputado […] no ha prescrito en ninguna de las ópticas reguladas en el Código Procesal Penal, es decir tanto en la acción penal así como durante el procedimiento.

(iv) Conclusión de las consideraciones anteriores se puede afirmar que una vez verificado el contenido de la queja que motivó la interposición del recurso de apelación, se aprecia que la queja impetrada ha sido encontrada en la sentencia objeto de impugnación. En ese entendido, la solución correspondiente es estimar la pretensión y por tanto revocar el sobreseimiento definitivo apelado."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: APL-243-2018, fecha de la resolución: 04/10/2018

EN LOS DELITOS DE RESULTADO, LA ACCIÓN TÍPICA SE ESCINDE DEL RESULTADO LESIVO QUE ACONTECE, EL DELITO NO SE ENTIENDE CONSUMADO CON LA CONDUCTA EJECUTADA -SEA ACCIÓN U OMISIÓN SEGÚN EL CASO- SINO CON EL RESULTADO PRODUCIDO

"1ª.- Conforme al Art. 459 CPP, la competencia de esta Cámara para resolver en la causa se limita a los puntos de agravio que ocasiona la resolución, según la denuncia del afectado; por consiguiente y al examinar el escrito recurrente de la fiscal del caso, se puede determinar que la inconformidad de la impetrante, en síntesis, es porque considera ser improcedente el sobreseimiento definitivo a favor de los imputados, debido que la acción penal no ha prescrito en razón de que la muerte del menor acaeció el día veinticinco de abril de dos mil trece, mientras que el requerimiento fiscal lo presentó a sede judicial el día veinticuatro de abril de dos mil diecisiete; de tal modo, que la pena máxima de cuatro años que prevé la ley para la prescripción de la acción, no había transcurrido, y en ese sentido estima que es improcedente la exoneración definitiva.

2ª - El juez estimó procedente sobreseer definitivamente a los imputados por considerar que la acción penal había prescrito, de acuerdo al análisis que expuso así en lo principal: ?[…] *Así las cosas, tenemos que verificar, de acuerdo a lo que establece el artículo treinta y uno inciso primero del Código Procesal Penal, nos establece la extinción de la acción penal, en el numero dos dice la prescripción, ahora el articulo treinta y dos el cual nos dice en su inciso primero dice si no se ha iniciado la persecución, la acción penal prescribirá, después de transcurrido un plazo igual al máximo previsto en los delitos sancionados con pena privativa de libertad; pero, en ningún caso el plazo excederá de quince años, mi será inferior a tres años, en el presente caso el Homicidio Culposo tiene una pena que oscila entre los dos y los cuatro años de prisión, y el artículo treinta y tres en su inciso primero el tiempo de la prescripción penal comenzara a contarse y en el inciso tercero dice para los hechos punibles continuados, desde el día en que se realizó la última acción u omisión delictuosa; así las cosas las acciones que pudieron haber sido delictuosas unas se cometieron el día veintidós, otras el día veintitrés,*

ya que el día veinticuatro la Doctora R, lo que hizo fue correcto, digamos el último acto fue el día veintitrés, ahora bien, si cada quien va responder por lo actuado, veamos, que la representación fiscal presento un requerimiento, fechado a los veinticuatro días del mes de abril del dos mil diecisiete, la última acción delictuosa que se puede considerar esta entre el día veintidós y el día veintitrés, hasta cuando tenía la representación fiscal el plazo para poner en actividad el órgano jurisdiccional y poder requerir dentro del plazo, para cada uno de los que están procesados, para uno era el día veintidós y el día veintitrés para los demás, y lo presento el día veinticuatro por tanto, para uno el requerimiento lo presento posteriormente al hecho para uno lo presento con cuatro años y dos días y para los otros con cuatro años y un día, desde ese punto de vista lo considera pertinente, DECLARAR EXTINGUIDA LA ACCIÓN PENAL POR PRESCRIPCIÓN, en vista de los artículos que ya se han mencionado, quedando expedita a las partes presentar el recurso pertinente que se considere [...]"..

3ª.- Al examinar las razones que motivaron al juez a sobreseer, se encuentra que existe de su parte un error en cuanto a la interpretación del Art. 12 CP, por lo que en adelante se dirá: [i] La norma indicada regula en general el tiempo y lugar del hecho punible, pero no es un precepto que pueda ser aplicado con carácter absoluto, para todos los delitos, ni menos modificar la intelección de las configuraciones del tipo penal –que pueden ser muchas– de entre ellas, los llamados delitos de resultado; [ii] así, siendo una norma de la parte general, es decir un precepto penal incompleto, su aplicación no puede ser estandarizada a todos los aspectos de las figuras delictivas, como en este caso, al concepto de delito de resultado, lo cual tiene relación, con los ámbitos de la prescripción –arts. 32 N° 1, 33 N° 1 CPP–.

4ª.- [iii] En los delitos de resultado, la acción típica se escinde del resultado lesivo que acontece, de tal manera, que para lo que llamaríamos consumación, el delito no se entiende consumado con la conducta ejecutada -sea acción u omisión según el caso- sino con el resultado producido, el cual es un fenómeno que aunque vinculado al actuar del ser humano, es independiente del mismo, por ello, el delito solo será consumado, cuando haya acontecido el resultado lesivo, para el caso de un delito de homicidio –doloso o culposo– ello será cuando haya ocurrido el deceso de la persona.

5ª.- [v] Lo anteriormente expuesto, indica que no debe confundirse la figura del tiempo del hecho punible –que es una categoría general e incompleta del derecho penal– con la producción del resultado, para los delitos cuya consumación requieren de este elemento del tipo penal, para poder definir cuando un delito es consumado o no; de ahí que, el resultado en un delito cuya estructura típica depende de la existencia del mismo, no puede ser equiparado con la conducta para determinar la existencia de aquél, ni en el tiempo en el cual ocurre.

6ª.- [vi] En la prescripción según la exigencia del tipo procesal para configurar el tiempo de la misma, lo importante en los delitos de resultado, es la consumación del hecho –"para los hechos punibles perfectos o consumados, desde el día de su consumación" dice el precepto– no la conducta ejecutada, de tal manera, que el tiempo de la prescripción habrá de contarse, no desde que se realizó la conducta imputada, sino desde que ocurrió el resultado, en este caso, la muerte de la persona.

7ª.- [vii] Debe además precisarse, que este aspecto, está desprovisto de todo carácter valorativo de imputación –para los fines de contar tiempo en la prescripción– con lo cual, se mira únicamente el resultado, lesivo en el tiempo que ocurrió –fecha de la muerte– y posteriormente tiempo de ejercicio de la acción penal, es decir, presentación del requerimiento fiscal, sin que para el análisis de este aspecto, tenga que evaluarse la presunta participación delictiva y la eficacia o no de la imputación penal, dado que lo relevante aquí, es la evaluación del fenecimiento de la potestad persecutoria del Estado para ejercer la acción penal, por el transcurso del tiempo, solo es relevante, el tiempo en que se dio el resultado –para un homicidio sería el fallecimiento– y cuando se ejercitó la acción penal, para determinarse según la penalidad del delito, si se hizo dentro del tiempo fijado por el legislador –art. 32 N° 1 CPP-."

LA FECHA EN QUE ACONTECE EL RESULTADO LESIVO ES LA DETERMINANTE PARA EL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN

"8ª.**-** [viii] Consta de todo lo anterior, que el resultado lesivo del presunto homicidio culposo –fallecimiento– ocurrió el día veinticinco de abril de dos mil trece – reconocimiento médico legal–; por lo cual, teniendo el homicidio culposo una pena máxima de cuatro años de prisión, el día último de la prescripción, según la regla del artículo art. 32 N° 1 CPP, era el veinticinco de abril del año dos mil diecisiete; y consta que la persecución penal, fue ejercida mediante la presentación del requerimiento fiscal el día veinticuatro de abril de dos mil diecisiete, es decir un día antes que se venciera el plazo de prescripción, por lo cual, el llamado ius persequendi ha sido ejercitado legalmente dentro del término de la prescripción, con lo cual, el tiempo valorado por la autoridad judicial de grado ha sido errático.

9ª.**-** Debe además señalarse, que el tiempo de la prescripción, en cuanto examen del resultado y plazo transcurrido, es neutro, no supone valoraciones de conducta, ni de relevancia de la imputación penal, lo cual, requiere de un examen diferente, en el sentido si la conducta de la persona ha sido o no relevante, para el acaecimiento del resultado, ello no se examina en la prescripción como figura preclusiva del ejercicio del poder de perseguir penalmente, para esto último, solo interesa como se expresó, el tiempo del resultado del delito, y el tiempo transcurrido, desde que ocurrió –neutro a la imputación objetiva del resultado respecto de una persona– por lo cual, si está dentro del plazo de la prescripción, el hecho delictivo imputado no puede ser objeto de la aplicación de la figura extintiva de la prescripción por juicios valorativos, sobre la conducta atribuida, este último aspecto requerirá una análisis posterior de relevancia típica, que ya es ajeno a la prescripción.

10ª.**-** De todo lo expuesto, se advierte que el vicio invocado por la recurrente, ha existido, en cuanto defecto improcedendo -errónea interpretación de precepto procesal en cuanto a su contenido; y por tal motivo, deberá revocarse el sobreseimiento definitivo que ha tenido como fundamento la prescripción de la acción penal, puesto que cuando ésta se ejerció, no había prescrito el periodo de tiempo para su procesamiento judicial, no encontrándose extinguida la acción penal, en tal sentido, la juez de la causa deberá seguir conociendo del asunto, y pronunciarse por el fondo del mismo, respecto de los justiciables […], lo cual

no significa que se afirme que la conducta imputada es típica desde un juicio de imputación objetiva, sino únicamente se está diciendo que la acción penal no se encontraba prescrita, y que el computo de la misma, fue errado, atendiendo a una errónea interpretación de la figura del delito consumado, y su relación con el resultado lesivo."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 306-SD-2018, fecha de la resolución: 08/10/2018

PROCEDIMIENTO ABREVIADO

REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA

"Las impetrantes ha indicado que la Juzgadora les impuso una pena de prisión de dos años y la pérdida de derechos, y que si bien es cierto, existe un beneficio de suspensión condicional de ejecución de la pena, dicha condena le produce antecedentes penales lo cual les causa agravio.

A juicio de las apelantes, dicha decisión se tomó en errónea aplicación de las disposiciones legales que regulan el delito de Lesiones Graves y las que describen y regulan la coautoría y la complicidad.

Tomando como base lo anterior, esta Cámara de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 Pr.Pn., hace las siguientes CONSIDERACIONES:

I.- La Constitución de la República estatuye en su art. 172, que "Los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes." Por lo que los jueces en materia penal de manera general, deben circunscribir sus actuaciones y decisiones judiciales a los límites que establecen las leyes que informan la materia penal, principalmente a lo dispuesto por el legislador en el Código Penal y en el Código Procesal Penal.

Por otra parte, el principio acusatorio regulado en el Art. 5 Pr.Pn. faculta a la Fiscalía General de la República "a dirigir la investigación del delito y promover la acción penal" y como parte de esa facultad legal, el Art. 51 de la Política de Persecución Penal de la fiscalía General de la República le otorga a los Auxiliares Fiscales, la posibilidad de "proponer o aceptar la aplicación de procedimientos abreviados en cualquier delito establecido en la legislación vigente, siempre que se cuente con elementos probatorios suficientes para determinar, más allá de la duda razonable, la existencia del hecho, su relevancia jurídico penal y la autoría o participación del imputado en el mismo..."

En ese orden de ideas, el Juez se convierte en el garante de la legalidad del proceso, de las actuaciones procesales y de las peticiones que realicen las partes ante él; estas incluyen la tramitación del proceso abreviado, en la que el Juez –en este caso, la Jueza de instrucción- deberá cerciorarse que las condiciones en las que se propone el trámite, no se encuentren al margen de la ley, sino que estén cimentadas sobre los principios y procedimientos establecidos por el legislador.

Tal como consta en el acta […], las partes procesales en audiencia preliminar, le indicaron a la Jueza de Instrucción, que habían convenido principalmente las siguientes circunstancias: (i) la modificación de la calificación jurídica del de-

lito de Homicidio Agravado Tentado al delito de Lesiones Graves. (ii) tramitación de un procedimiento abreviado. (iii) la confesión de las imputadas para propiciar la tramitación de dicho procedimiento. (iv) la imposición de tres años de prisión para […] en calidad de autora directa, y dos años de prisión para las apelantes […], en calidad de cómplices, todas con el beneficio del reemplazo de la pena.

Por su parte el Defensor manifestó que "se encuentra de acuerdo con la solicitud de aplicación de procedimiento abreviado, ha explicado a sus representadas en que consiste el mismo, sus ventajas y desventajas… prestaron consentimiento libremente… está de acuerdo con el régimen de penas requerido por la Agente Fiscal… solicitando además se reemplace la pena por trabajo de utilidad pública"

Las imputadas declararon y manifestaron todas estar de acuerdo en la tramitación del procedimiento abreviado ya que conocían los efectos jurídicos que producirían, y que también estaban dispuestas a confesar, tal como lo hicieron.

En ese sentido, es necesario que esta Cámara analice los tres puntos mencionados en su conjunto, y finalmente verificar si la decisión de la Jueza Sentenciadora se encuentra apegada a los parámetros establecidos en la ley –marco normativo que por mandato constitucional debe observar- y si existían o no razones suficientes para la decisión que adoptó.

II.- El procedimiento abreviado es en principio, un acuerdo suscitado entre el ente persecutor del delito –Fiscalía General de la República-, la Defensa Técnica, la víctima y las imputadas quienes deben estar de acuerdo en someterse a la tramitación del procedimiento abreviado, a declarar y confesar la comisión del hecho delictivo que se le atribuye y a someterse a los acuerdos que se alcancen con la finalidad de su propia situación jurídica sea definida de manera anticipada y de ser posible, con beneficios.

Para Diego del Corral en su obra: "Juicio Abreviado", p. 1-2, el procedimiento abreviado es una forma diferente de justicia penal "producto de la introducción… de la autonomía de la voluntad… con la particularidad de que en la actualidad la justicia consensual, se relaciona directamente con… criterios de eficiencia y lucha contra el crimen, mientras que hasta hace poco tiempo solo era pensada… como un instrumento de abolicionismo penal, es decir, como reemplazo del sistema penal y, por consiguiente, de la pena."

Sobre esa base podemos afirmar que la aplicación del procedimiento abreviado en el proceso penal, cumple con dos funciones principales especificas a saber: (i) la potencializarían del derecho penal de mínima intervención, donde el ius puniendi actúe con los límites que la política criminal del Estado le comporte, y (ii) que como consecuencia de ello, la pena de prisión sea la última ratio contra el imputado, reemplazando la misma por medidas menos gravosas y de beneficio directo para el imputado y la sociedad –política criminal-, de tal forma que se garantice el cumplimiento de la pena con medidas específicas que le procuren su reintegración a la sociedad, el disfrute de sus derechos por el mayor tiempo posible, la restricción de los mismos por el menor tiempo, toda vez que se cumplan los parámetros legales para su aplicación.

El Art. 417 Pr.Pn. establece la posibilidad de que las partes técnicas sometan el proceso a una forma anticipada de definir la situación jurídica del imputado mediante la aplicación del procedimiento abreviado, ello de conformidad a los

requisitos y condiciones allí establecidos, tomando como base que el Ministerio Público Fiscal, posee la disponibilidad de la acción penal de conformidad al principio acusatorio que le asiste.

En dicho precepto legal, el legislador realiza una división bipartita sobre los requisitos para la aplicación del procedimiento abreviado:

(i) Requisitos previos que dan lugar a la aplicación del procedimiento abreviado, y (ii) a la llamada "justicia consensuada" a la que hace relación el autor supra citado, es decir, los acuerdos pactados en lo atinente a la cuantificación de la pena que se solicitará al Juez, previa confesión de los hechos por parte del imputado, y verificación de los mismos por parte del juez a través de la prueba.

En efecto, el legislador ha dispuesto que para que se pueda aplicar el procedimiento abreviado, deben cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que el fiscal solicite la aplicación de una modalidad de pena.
b) Que el imputado confiese el hecho atribuido y esté de acuerdo con la aplicación del procedimiento abreviado.
c) Que el defensor acredite el consentimiento libre de su cliente.
d) El consentimiento de la víctima."

TRIBUNAL AD QUEM ADVIERTE UN CORRECTO CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES PARA LA TRAMITACIÓN DE DICHO PROCEDIMIENTO

"En el presente caso, […], que la representación fiscal le indicó a la Jueza de Instrucción que las partes procesales habían llegado al acuerdo de que el proceso finalizara por la vía del procedimiento abreviado, que las imputadas confesarían el hecho una en calidad de autora directa, y las apelantes en calidad de cómplices, y que se había pactado la pena de tres años de prisión para la autora, y dos años de prisión para las cómplices, todas con el beneficio del reemplazo de la pena por trabajo de utilidad pública, circunstancias que fueron solicitadas a la autoridad judicial a fin de que fueran autorizadas.

Sobre lo dicho por la representación fiscal, la Defensa del imputado indicó que en efecto se habían puesto de acuerdo con la representación fiscal y que las imputadas confesarían. Dichas imputadas indicaron que estaban dispuestas a confesar.

Con ello se verifica que se cumplieron con los requisitos formales para la tramitación del procedimiento abreviado, ya que se solicitó concretamente la aplicación de tres y dos años de prisión con reemplazo de la pena por trabajo de utilidad pública, las imputadas confesaron y estuvieron de acuerdo con la tramitación del procedimiento abreviado lo cual fue confirmado por el defensor particular, y respecto al requisito de consentimiento de la víctima, la victima manifestó libremente que estaba de acuerdo en el pacto al que habían llegado.

Por otro lado, como parte de los requisitos formales, la confesión debe realizarse libre de vicios por parte del imputado y en presencia de su defensor, sin embargo para que una confesión pueda tener relevancia procesal, esta debe ser confrontada con el resto de la prueba producida en juicio a efecto de que la confesión no implique una desmesurada "auto adjudicación" de la responsabilidad por parte del imputado, si no que obedezca a un estado real de conciencia de la ilicitud por parte del mismo.

Consecuentemente, estima esta Cámara que se cumplieron con los requisitos formales para la tramitación del procedimiento abreviado en el presente caso, por lo que corresponde continuar el análisis en dirección a verificar si las razones de fundamento de la jueza sentenciadora fueron realizadas interpretando correctamente las disposiciones legales pertinentes."

EXISTE UNA CORRECTA VALORACIÓN EN SU CONJUNTO DEL MATERIAL PROBATORIO DESFILADO EN JUICIO Y UNA ADECUADA APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS PREVIAMENTE CONTRAÍDOS POR LAS PARTES PROCESALES, EN VIRTUD DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

"III.- Las impetrantes en su escrito de apelación refieren que […] únicamente tuvo forcejeos con la víctima, y que no se percató cuando la madre agarró la tijera; refieren que […] intentó separarlas y el hijo de la víctima se lo impidió, y que no vio cuando la madre le insertó la tijera a la víctima.

Lo anterior pretendía justificar que, según las apelantes, ellas no son coautoras ni participes de la acción específica que lesionó a la víctima, es decir, según las impetrantes no puede atribuírseles tales grados de participación porque quien le insertó la tijera a la víctima fue la madre, no ellas.

En ese contexto esta Cámara considera que la jueza acertadamente tuvo por acreditado el delito de Lesiones Graves regulado en el Art. 143 Pn. El cual requiere que la lesión ocasionada, produzca "incapacidad para atender las ocupaciones ordinarias o enfermedad por un período mayor de veinte días, habiendo sido necesaria asistencia médica o quirúrgica."

De acuerdo al Reconocimiento Médico Forense de Sanidad con vista de expediente […], indicó que en la historia médico legal de la paciente, se verificaba que se le había colocado un tubo de tórax derecho por cinco días saliendo aire a presión y cincuenta mililitros de sangre, lo cual constituye en el fondo, una intervención quirúrgica y además se le brindó atención medica; y concluye que "las lesiones antes descritas sanaron en un periodo de VEINTIUN DIAS… con tratamiento médico adecuado… generando igual tiempo de incapacidad para la realización de sus actividades ordinarias…"

Sobre la base de dicha prueba, la Jueza de Instrucción concluyó: "se puede establecer… las lesiones infringidas a la víctima y el tiempo de curación…" en efecto, considera esta Cámara que la prueba enunciada por la Jueza de Instrucción es más que suficientes para determinar que la víctima sufrió heridas que le produjeron una complicación física que requirió atención medida y quirúrgica, y además, para efectos legales, dichas heridas sanaron en veintiún días, es decir un día más del requerido por el Art. 143 Pn para ser considerado delito de Lesiones Graves, por lo que con un análisis simple de cumplimiento de requisitos de tipicidad, la Jueza de manera acertada determinó la existencia del delito.

Asimismo, no es posible sostener la tesis de que los hechos cometidos por la madre de las imputadas y el resultado lesivo en la victima, se encuentra desligado de las acciones propias de las apelantes, puesto que de considerar ese argumento como válido, estaríamos validando un análisis fragmentado del hecho para determinar grados de participación individuales sobre la base de un resultado común, como lo proponen las impetrantes.

Lo cierto es que las tres agresoras actuaron en conjunto, sometiendo a la víctima a una desventaja desproporcionada por el número de personas que estaban ejerciendo violencia sobre ella, lo que la imposibilitó para repeler el ataque en el ejercicio legítimo de su defensa, o escapar de dichas agresiones, lo que propició el momento o circunstancia adecuada para que la madre de las imputadas insertara la tijera en el cuerpo de la víctima sin que esta pudiera defenderse.

Bajo ese razonamiento, resulta poco relevante que exista un reparto de funciones para la comisión del delito de lesiones, puesto que probablemente la intención de que las tres agresoras llegaran a la pupuseria donde se encontraba la víctima, era increparla sobre alguna diferencia existente entre ellas, sin embargo, tanto las agresoras como la víctima no lograron controlar sus emociones, lo que provocó que la violencia se trasladara al plano físico, y por la superioridad de personas contra la víctima, produjo que la última saliera lesionada tal como consta en los peritajes.

Tenemos que, inicialmente la discusión se suscitó entre la víctima y la imputada […], momentos en los que forcejearon, sin embargo, dicha imputada se retiró del lugar de los hechos rumbo a su casa, y fue a traer a su hermana y a su madre, se trasladaron nuevamente al lugar donde encontraba la víctima y se dispusieron a agredirla físicamente, por lo que denota esta Cámara que si bien las apelantes no fueron las que insertaron la tijera que causó las lesiones en la victima, ellas tuvieron una colaboración de tal manera necesaria, sin la cual, la víctima pudo haber repelido el ataque de dicha arma blanca o bien, huir del lugar para evitar que dichas lesiones se produjeran.

Por ello a juicio de esta Cámara, la conducta de las apelantes es penalmente relevante, puesto que el art. 36 Pn. Considera como cómplices:

“1) Los que presten al autor o autores una cooperación, de tal modo necesaria, que sin ella no hubiere podido realizarse el delito.” Es decir: cómplices de ayuda necesaria.

“2) Los que presten su cooperación de cualquier otro modo a la realización del delito...” es decir, cómplices de ayuda no necesaria.

Tomando eso como base, tenemos que en el acta de audiencia […] confesó que al llegar a la pupuseria, comenzó a agredir verbalmente a la víctima, y esta se levantó y forcejearon. Posteriormente, […] se fue para su casa a traer a su hermana y madre, una vez en el lugar las tres, la víctima se dirigió a ella […] y no se percató cuando su mamá agarró la tijera […] .

A juicio de esta Cámara, tanto las apelantes como su madre se dirigieron a la pupuseria con la intención de increpar a la víctima y agredirla tanto verbal como físicamente. Se puede deducir perfectamente que las tres personas actuaron en conjunto, y si bien no existió un concierto previo para las acciones que cada una cometería, las circunstancias del momento producidas por las ahora apelante, permitieron que su madre agarrara la tijera y se dispusiera a causarle las lesiones a la víctima.

Las acciones tanto de […] como de […], se adecuan a lo dispuesto en el art. 36 nº 1) Pn. Es decir, son consideradas como cómplices necesarias, porque su ayuda facilitó la comisión del delito de Lesiones Graves que cometió su madre en la victima.

Acertadamente las partes procesales en la audiencia preliminar solicito una penalidad diferenciada para la señora […], a quien en la audiencia manifestó que solicitaba la pena de tres años de prisión en calidad de autora directa del delito; y dos años para las apelantes en su calidad de cómplices.

Al revisar el art. 143 Pn., el delito de Lesiones Graves tiene una sanción que oscila entre los tres a seis años de prisión para el autor directo; las partes procesales decidieron que como consecuencia de la confesión de la imputada […], se le impondría la pena mínima es decir, tres años de prisión, lo cual fue solicitado en esos términos por la representación fiscal con anuencia de la Defensa y de las imputadas y de la víctima.

Por otra parte, de acuerdo a la regla establecida en el Art. 66 Pn. La pena de los cómplices necesarios debe oscilar entre la pena mínima del delito (que en este caso serían tres años), y las dos terceras partes del máximo de la misma pena siendo el máximo seis años, es decir, las dos terceras partes de seis equivale a cuatro años de prisión, por lo que la penalidad del cómplice necesario en el presente caso, oscilaría entre tres a cuatro años de prisión.

Sintetizando medularmente lo anterior, tenemos que en el presente caso, la penalidad de la autora directa oscilaría entre tres a seis años de prisión, y para las cómplices necesarias entre tres a cuatro años de prisión.

A lo dicho en el párrafo anterior debemos aplicarle la regla establecida en el Art. 417 Inc. 2º lit. a) Pr.Pn. que establece como uno de los regímenes de pena para el procedimiento abreviado, el siguiente: “La aplicación desde la tercera parte del mínimo hasta el mínimo de la pena de prisión prevista para el delito imputado.”

Es decir que, en la audiencia, la representación fiscal solicitó la pena de tres años de prisión para la autora directa […], y para las cómplices necesarias […], la penalidad tendría que oscilar entre la tercera parte de la pena mínima del delito (un año), y la pena mínima del delito que son tres años. En síntesis, la penalidad del cómplice necesario en el presente caso, debe oscilar entre UNO A TRES AÑOS DE PRISION, y la representación fiscal solicitó la penalidad de dos años, lo cual se encuentra dentro de los parámetros legales establecidos para el caso en examen.

Finalmente, la Jueza en su sentencia hizo la valoración de la prueba en su conjunto, y además aplicó los acuerdos que previamente habían contraído las partes procesales en virtud del procedimiento abreviado, estando estas –tal como ya se analizó- dentro de los parámetros establecidos en la ley.

Las apelantes alegaban errónea aplicación del Art. 163, 33 y 66 del Codigo Penal, pero de acuerdo al razonamiento efectuado, la Jueza aplicó correctamente dichas disposiciones y el régimen de penas establecido, por lo que el vicio invocado por las impetrantes no puede ser estimado por este tribunal de alzada.

Asimismo es de necesario hacer notar que, los procedimientos abreviados suponen un acuerdo entre las partes procesales, Fiscalía, Defensa, Imputadas y Victima, y claramente en la audiencia todos manifestaron estar de acuerdo en la tramitación del proceso abreviado, indicando que su consentimiento lo brindaban libremente porque se les habían explicado los efectos jurídicos del mismo; por lo

que esta Cámara no solo desestima los fundamentos del recurso de apelación por los vicios antes enunciados, sino también hace notar que la presente apelación se encuentra cimentada sobre un acuerdo que las mismas apelantes habían contraído, a sabiendas de las posibles resultas procesales, y de los efectos que produciría."

PROCEDE CONFIRMAR CONDENA, ANTE LA EXISTENCIA DE UN ANÁLISIS INTEGRAL DE LA PRUEBA PRODUCTO DE LA ACREDITACIÓN DEL DELITO DE LESIONES GRAVES

"Esta Cámara concluye que no existe el vicio alegado por las recurrentes en su libelo impugnativo ya que primeramente, existía un acuerdo previo de recalificar los hechos al delito de Lesiones Graves, de tramitar el procedimiento abreviado, las partes estuvieron de acuerdo con el régimen de penas solicitado el cual estaba dentro de los parámetros legalmente establecidos, y las imputadas apelantes estuvieron de acuerdo con ello y con confesar los hechos. Vale decir que las partes procesales solicitaron un reemplazo de la pena por trabajo de utilidad pública el cual la Jueza otorgó, dejando en libertad a la única imputada detenida provisionalmente […].

Asimismo, la jueza efectuó un análisis integral de la prueba, en la que determinó la existencia del delito de Lesiones Graves con los dictámenes médico forense de lesiones y de sanidad, así como la participación de las imputadas en el hecho atribuido por medio de sus respectivas confesiones, y por medio de un reconocimiento en rueda de personas practicado; en ese sentido, esta Cámara estima que los fundamentos que llevaron a emitir su decisión se encuentra pegadas a la ley en los términos dictados en esta sentencia, así como el régimen de penas establecido, y la consecuente suspensión condicional de la ejecución de la pena otorgada por la Jueza, quien les indicó específicamente las condiciones que debían cumplir para que la pena de prisión no se ejecute.

Concluye esta Cámara que la sentencia apelada se encuentra apegada a derecho, no encontrando esta Cámara vicios que posibiliten la revocación solicitada por las apelantes por lo que se procederá a confirmar el fallo impugnado."
Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-202-18, fecha de la resolución: 09/08/2018

VISTO COMO UNA ALTERNATIVA A LA VISTA PÚBLICA Y ACEPTADO POR LAS PARTES

"El procedimiento abreviado, es una alternativa a la vista pública, pues supone un acuerdo entre el imputado y la representación fiscal, en virtud del cual el primero acepta expresamente los hechos acusados y consiente en someterse a este procedimiento; por su parte, el segundo solicita la aplicación de cualquier modalidad del régimen de penas previstas en el Art. 417 Inc. 2° Pr. Pn., según el delito que le sea atribuido, siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos en el Inc. 1° de la misma disposición legal."
Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, número de referencia: 205-2018, fecha de la resolución: 19/06/2018

PRUEBA DE REFERENCIA

CONSIDERACIONES NORMATIVAS Y DOCTRINARIAS SOBRE EL TESTIMONIO DE REFERENCIA, APLICADO AL TENOR DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD PROBATORIA

"CONSIDERANDO UNO. El Principio de Libertad Probatoria regulado en el artículo 176 del Código Procesal Penal, permite que los hechos y las circunstancias sobre la existencia del delito y la responsabilidad de la persona acusada se puedan probar no solo con prueba directa, sino con cualquier medio, tal como el mismo código lo regula, es decir también con prueba indirecta.-

Ahora bien, debemos señalar que, la ley no nos dice expresamente qué abarca la prueba "indirecta", sin embargo, la jurisprudencia, la doctrina nacional y comparada así como la integración normativa nos brindan aportes para establecer algunos parámetros de la misma.

Es así que de la prueba "indirecta" ya el célebre jurista Francesco Carnelluti, nos hace ver su distinción mediante la coincidencia o divergencia existente entre el hecho a probar y el hecho percibido, de tal manera señala que es directa la prueba en la que el juez percibe directamente el hecho a probar, es decir existe una coincidencia entre el hecho a probar y la percepción del juez; en la prueba indirecta el hecho a probar y la percepción del juzgador se separan, pues el hecho que este percibe le sirve únicamente de medio para conocer el hecho que se persigue probar. (La prueba civil, Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castilo, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1982, Pg. 55). Dentro de la prueba indirecta tenemos: 1- la prueba indiciaria; 2- la prueba circunstancial; y, 3- la prueba de referencia.-"

CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA TESTIMONIAL DE REFERENCIA

"Sin embargo, la utilización de la prueba testimonial de referencia, tiene un carácter excepcional, tal y como se establece en el artículo 220 del Código Procesal Penal, que dice: "…Por regla general no será admisible la práctica de la prueba testimonial de referencia, salvo que esta sea necesaria y confiable…". Es por todo lo anterior, que este tipo de prueba indirecta debe preferentemente cumplir con ciertos requisitos, entre los que tenemos los siguientes: 1. Que se trate de casos necesarios es decir justificados, 2. Que la prueba sea confiable, es decir que se trate de un testigo de referencia primario (que no sea referencia de otra referencia), sino referencia de la fuente probatoria directa 3. Que a la vez dicha fuente esté identificada o sea que el testigo de referencia diga quien le contó, el nombre de la persona que en concreto le dio la información y 4. Que la prueba de referencia no sea única, que esté corroborada con prueba periférica.

Siguiendo de lleno el carácter excepcional que este medio probatorio posee, se trae a colación algunos pasajes jurisprudenciales, brindados por la Sala de lo Penal:

"[…] a este tipo de testimonio es posible otorgarle excepcionalmente valor, bajo ciertos requisitos, ya que en virtud del Principio de Inmediación, la regla general es que, se limita el contenido de la declaración a lo visto y escuchado de forma personal y sin intermediarios, para no romper ese vínculo que debe existir

entre el sujeto que percibe y el objeto de percepción, se deben respetar criterios de admisibilidad y apreciación para la valoración de la prueba de referencia.

[…] En tal sentido, no es admisible cualquier testimonio de referencia, sino que, ante todo, es condición indispensable la imposible concurrencia del testigo directo o presencial. De ahí, su carácter supletorio o subsidiario.

Con base a lo anterior, la simple incomparecencia del testigo presencial o directo, teniendo en cuenta el Principio de Verdad Real, no es suficiente para admitir un testimonio de referencia, es decir, la imposibilidad de no contar con la persona que se constituye como "presencial de los hechos", debe atender a motivos excepcionales y plenamente justificados en obstáculos determinables y no superables que impidan presentar su declaración en juicio. (Sala de lo Penal; Ref. Jud. 284-CAS-2011 del diecinueve de septiembre de dos mil doce).-

Resulta entonces que el espectador de referencia, es aquel que no ha percibido un acontecimiento por sus propios sentidos sino por lo que otra persona, que sí lo presenció le transmitió; en determinadas circunstancias, puede ser suficiente para quebrantar la presunción de inocencia que acompaña al imputado; a pesar de todo ello, el problema que plantean los testigos de referencia, como transmisores de lo que otros ojos y oídos han percibido, no es un problema de legalidad sino una cuestión de fiabilidad, credibilidad y veracidad en relación con los hechos que son objeto de enjuiciamiento, ya que una cosa es la validez y posible utilización de esos testigos indirectos junto con otros elementos probatorios, o como confirmatorios de la propia declaración del testigo directo; y otra, su eficacia cuando se produce aquella prueba en solitario, esto es, como prueba de cargo, única o principal, en situaciones excepcionales de imposibilidad efectiva y real de obtener la declaración directa del testigo principal, verbigracia del supuesto alegado en el caso sub examine de "Retractación de la víctima o el testigo..".- aunado a la vitalidad del medio probatorio testimonial en los hechos delictivos de carácter sexual, y específicamente en este en que se vulnera la indemnidad sexual de los menores víctimas.

Es por tanto que al encontrarnos en un escenario en el que se discute la procedencia del testimonio de referencia, en el análisis debe verificarse los aspectos sintetizados de la manera siguiente:

Inicialmente verificar el agotamiento de todas las formas legales para la obtención de la prueba directa, a efecto de validar incorporación de la prueba indirecta, con ese supuesto se rectifica su carácter subsidiario o excepcional, y a la vez se justifica su aparecimiento; verificación de ser una referencia primaria, es decir que sea constatable que la obtención de la referencia se haga sobre la fuente directa de prueba; verificación de la identidad de la fuente directa de prueba, es decir que se constate sin lugar a dudas que la fuente directa ha tenido una percepción inmediata de los hechos y verificar la armonía con medios probatorios periféricos, lo que conlleva matizar la coherencia que tiene con los demás medios probatorios que sustenten la hipótesis de la parte procesal que requiere del medio probatorio referencial.

Visto su carácter y procedencia, es ineludible visualizar la efectividad que la prueba de referencia puede tener dependiendo de la casuística, pues dependerá de las circunstancias del caso en concreto para admitirla o no y su eventual producción y valoración en el juicio, en ese sentido se constituye para los casos

que la amerita, en una herramienta para evitar la impunidad, ante el surgimiento de causas posiblemente sorpresivas o conocidas con posterioridad al momento procesal que ordinariamente se tiene para el ofrecimiento probatorio, tal como es alegado por el impetrante en cuestión."

PROCEDE ANULAR ABSOLUCIÓN CUANDO EL JUZGADOR HA REALIZADO UNA ERRÓNEA APLICACIÓN DE UN PRECEPTO LEGAL Y UN RECHAZO INDEBIDO DE LA OFERTA PROBATORIA DE TIPO REFERENCIAL

"CONSIDERANDO DOS. Del análisis de las circunstancias fácticas y jurídicas se tiene:

Es una realidad que se cuestiona el rechazo indebido de medios de prueba de referencia, constituyéndose un defecto en el procedimiento, de los testigos: […], psicóloga perito y agente fiscal respectivamente, por parte del Juez Tercero de Sentencia de esta ciudad, licenciado […].

Sobre la primer testigo de referencia, se ha constatado en el análisis configurado en esta resolución como –Antecedentes- el debido ofrecimiento y admisión en la sede judicial del Juzgado de Instrucción de Soyapango; que dicha persona ha actuado en calidad de perito en la rama de la psicología, y que ha realizado informes psicológicos en la niña **********, por lo que ha tenido información directa sobre la ocurrencia de los eventos de naturaleza sexual, por parte de la niña ofendida, y quien cometió los mismos.

De tal forma si la representación fiscal, solicita la admisión de la testigo perito antes enunciada, como prueba referencia, en la fase incidental de la vista pública, es inoperante mayor análisis, ya que es un medio de prueba que ha superado la fase de la admisión en la etapa de instrucción, que ha sido consignado como elemento probatorio en el auto de apertura a juicio y en consecuencia el Sentenciador debió incorporarla al juicio, recibiéndole declaración, en la oportunidad en que representación fiscal presentara a sus testigos, debiendo el Juzgador inmediar y valorar el testimonio vertido, con la rigurosidad necesaria para alcanzar en esos casos la fiabilidad, credibilidad y veracidad de su declaración.

En tal sentido, sobre la testigo […], no queda mayor duda a este Tribunal de Alzada, que existió un indebido rechazo de tal medio probatorio que previamente ya había sido legalmente admitido, por lo que se verifica un primer defecto del procedimiento, lo que conduce lógicamente haber omitido valoración alguna sobre dicho testimonio, ya que no se le brindo al ente fiscal la oportunidad que legítimamente tenia de producir dicho medio probatorio en audiencia de vista pública y así poseer mayor sustento para la hipótesis de su caso.

Ahora bien, en cuanto a la testigo de referencia […], quien en el presente proceso ha actuado en calidad de Agente Auxiliar Fiscal, que de primera mano obtuvo información de los niños ofendidos, y de la madre de estos, ya que la que recibió las entrevistas, […]; así como al ser la Agente Fiscal, que presento el requerimiento fiscal, […], y oficio donde se les comisiona para actuar en la presente causa penal, en sustitución de cualquier otro fiscal nombrado al respecto; sostenida la idea precedente, es de considerar las circunstancias que llevaron a los actuales representantes del ente fiscal a ofrecer a la profesional referida

como testigo de referencia en audiencia de vista pública, por lo que hay que tomar en cuenta lo siguiente:

La retractación de la representante legal de los niños que son víctimas de agresiones sexuales, por supuestas conductas atribuidas a su abuelo paterno […], es una circunstancia especial, la cual no es óbice para detener la persecución penal de un delito de acción pública, en conductas lesivas a la indemnidad sexual y al interés superior del niño, de los menores víctimas; es decir Representación Fiscal, debe avocarse a herramientas especiales para circunstancias especiales, no obstante la solicitud de admisión de testimonios de referencia, que hace al Sentenciador, debe observarse el agotamiento que ha existido para hacer comparecer a la madre y sus menores hijos a los diferentes actos procesales, especialmente al momento del juicio, lo cual ha sido relacionado en esta resolución, en cuanto a lo consignado en el acta de anticipo de prueba, al cual no compareció y actas de fs. 404 y 405, relativas a la ubicación de la señora **********, y el apersonamiento que la agente fiscal de la causa tuvo para que dicha señora compareciera con sus hijos a la audiencia de vista pública, en la cual manifestó su deseo de ya no querer seguir con el proceso penal, esencialmente por que no quería más problemas con la familia, es decir ha quedado identificado el agotamiento de medios formales para su comparecencia, hasta el punto de solicitar el apersonamiento anticipado por la fuerza pública, del cual no se obtuvo resultados positivos.

Si bien en un primer momento el pronunciamiento que el Juez Sentenciador, puede ser formalmente válido a la luz de la preclusión de las etapas procesales, no debe perderse de vista que la figura del testigo de referencia se reviste de un carácter de efectividad, necesariedad y confiabilidad en razón de evitar la impunidad en casos en que surge la imposibilidad de obtener la fuente de prueba directa, por circunstancias que no han podido ser previsibles o predecibles, en ese sentido la decisión del Juzgador de declarar inadmisible el testimonio de referencia de […], solo puede tener sustento, si en la etapa de instrucción, concretamente antes de la celebración de la audiencia preliminar se haya tenido conocimiento de que la representante legal de los menores, se alejaría totalmente del proceso penal, pues hasta ese momento se desconocía su retractación, ya que no debe perderse de vista que tal dimisión se expresa hasta dos días antes de la primer convocatoria para la audiencia de vista pública y que no obstante su reprogramación a la fecha del […], no se logra ubicar a la madre de las menores víctimas, ni tan siquiera el propio día de la vista pública […], en las que se emprendió su búsqueda en los lugares donde desarrolla sus labores diarias, en donde no se obtuvo información de ella, ni en su lugar de residencia, por lo que llegada la celebración del juicio, el ente fiscal hace uso de la vía incidental, para exponer tales situaciones y en consecuencia hace uso de las herramientas de carácter excepcional como la prueba referencial.

Debemos ser enfáticos en que las consideraciones soslayadas, no han sido evaluadas por el Sentenciador, ya que el fundamento de su inadmisibilidad, se encamina a la rigurosidad de las etapas probatorias, inobservando circunstancias particulares del caso concreto, que dan paso a una errada interpretación del art. 220 en relación con el art. 221 nº 3 Pr. Pn., ya que el rechazo de dicha prueba referencial, sin una valoración de requisitos de procedencia de esta prueba

excepcional, deviene en no tomar en cuenta la función de efectividad que dicho elemento probatorio posee, ante el supuesto de la retractación de la víctima y la imposibilidad real de su comparecencia, el cual además es un caso taxativamente regulado por el art. 221 nº 3 Pr. Pn., en el que el testimonio de referencia es procedente.

Al establecer que no se verifica un análisis de los requisitos de la solicitud de admisión de la testigo […], nos referimos a que no se examina la notoria justificación de su ofrecimiento, la confiabilidad que puede inferirse al ser una persona que ha obtenido información de fuentes directas del caso, es decir de la propias víctimas, y que puede armonizarse con la periferia de medios probatorios que el caso contiene, en el que se coadyuvan elementos periciales en el ámbito social, psicológico y físico, que arrojan indicios de las conductas lesivas a la indemnidad sexual de los menores, al pleno desarrollo psíquico y físico de los niños ofendidos, lo que no puede sustentarse sino se toma en cuenta un relato fidedigno, verosímil y coherente de los hechos delictivos, que de no ser los ofrecidos como prueba referencial, no pueden ser otros ya que la representante legal por múltiples causas valoradas por ella, ha optado por aislarse del proceso junto con sus hijos, situación en la que fiscalía muy acertadamente y en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales, no puede conformarse con la simple retractación, y ha evacuado los instrumentos legales necesarios para la satisfacción de su pretensión procesal y es en ese sentido que se da la razón al fundamento del motivo de apelación invocado en el que relacionada la errónea aplicación de un precepto legal, y que su argumentación es tendiente a señalar un defecto del procedimiento, contenido en un rechazo indebido de la oferta probatoria de tipo referencial, Art. 221 nº 3, en el que previamente se verifica el agotamiento del requisito de procesabilidad para acceder a la vía recursiva, como lo es el reclamo oportuno de su corrección y en esta etapa indicarnos el yerro cometido por el Juez Sentenciador, del Tribunal Tercero de Sentencia de esta ciudad, del cual se ha analizado tal señalamiento, pudiendo constatar que la inconformidad señalada no es una simple inconformidad sino una insatisfacción fundada jurídica y fácticamente, alegada en el momento procesal oportuno, justificando las circunstancias, por las cuales no habían comparecido los testigos para sostener su acusación; así como hizo uso del recurso de revocatoria de la decisión del Juez Sentenciador, en el cual fundamento su desacuerdo de la no admisibilidad de la prueba testimonial de referencia y que por supuesto al mantener la vigencia de la resolución objeto de alzada, se seguiría manteniendo el agravio procesal que ocasiona, ante la desestimación infundada de medios de prueba referenciales, en el que uno de ellos ya había sido previamente admitido pero no fue recibido ni valorado, y el segundo de los testimonios de referencia, en el cual se omitió el examen de excepcionalidad y procedencia que se requieren dependiendo de la casuística, elementos probatorios que al ser suprimidos del acervo probatorio, inciden negativamente en el resultado y decisión que el Juzgador de Sentencia puede obtener.

Por los razonamientos brindados supra, y en atención a las facultades resolutivas otorgadas a los tribunales de segunda instancia en materia penal, reguladas en el art. 475 Pr. Pn. esta Cámara al estimar la existencia del defecto del procedimiento alegado por el impetrante, decide ANULAR la Sentencia Absolu-

toria de las dieciséis horas del día cuatro de abril de dos mil dieciocho en la que el Juez Tercero de Sentencia, licenciado Juan Antonio Durán Ramírez, resolvió: ABSOLVIENDO de toda responsabilidad penal y civil al procesado […] de la comisión del delito de Agresión sexual en menor e incapaz agravada Arts. 161 y 162 nº 1 Pn, afectando dicha nulidad al acto procesal que origino la misma, es decir a la Audiencia de Vista Pública, por lo que el proceso penal deberá retrotraerse hasta el momento previo a la celebración de la misma y en tal sentido reponerse por otro Tribunal de Sentencia, diferente a los que esta Cámara conoce por su competencia en razón del grado, en la que debidamente se reciba la prueba admitida y se analice la admisibilidad de otras pruebas referenciales de las cuales se solicite su admisibilidad."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-136-18, fecha de la resolución: 14/06/2018

JUEZ AQUO OMITIÓ APLICAR EL ARTÍCULO 221 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EN CUANTO A LA ADMISIÓN Y OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA DE REFERENCIA

"En el caso de autos, consta que la defensa técnica señala que al momento de emitir la sentencia condenatoria en contra de su patrocinado, el señor Juez Aquo erró al momento de pronunciarse sobre la legalidad y pertinencia del testigo de referencia […], pues omitió fundamentar y analizar lo dispuesto en el artículo 221 del Código Procesal Penal, el cual regula los casos en que es admisible este tipo de prueba, vulnerando con ello el deber de fundamentación regulado en el artículo 400 numeral 4 del Código Procesal Penal.

Asimismo, se señala una vulneración a las reglas de la sana critica, pues el recurrente manifiesta que la prueba incorporada al proceso era insuficiente para arribar a un fallo condenatorio, máxime si se toma en cuenta que no se realizó reconocimiento de personas, ni por fotografías en sede judicial, teniendo por individualizado a su patrocinado mediante un acta de recorrido fotográfico realizado en sede policial.

Es así que respecto al motivo vinculado con la validez del testimonio de referencia empleado en el caso de autos, considera este Tribunal necesario señalar ciertos aspectos que guardan relación con el mismo.

En primer lugar, al verificar el dictamen de acusación presentado […], consta que la representación fiscal había ofertado como elementos de prueba para ser inmediado en Vista Pública, la deposición del imputado criteriado denominado con la clave […], solicitando además se admitiera una vez practicado el reconocimiento de personas en el imputado […], quien a esa fecha tenía la calidad de imputado ausente.

Además, solicitó de igual forma la admisión del reconocimiento por fotografías en los imputados ausentes y rebeldes, reiterándose que entre ellos se encontraba el ahora procesado.

Es así, que el señor […], antes de ello, no consta la realización de reconocimiento en sede judicial alguno.

Ante tal captura, el Juez Instructor, procedió a celebrar la correspondiente Audiencia Preliminar […], misma que al ser revisada detenidamente, no consigna petición alguna de la representación fiscal respecto a la admisión del dicho

del señor […], en calidad de testigo de referencia, ni tampoco se consigna la argumentación fiscal respecto a la imposibilidad de presentar al testigo clave […], ni mucho menos la acreditación legal de ello.

Pese a ello, al revisar el auto de apertura a juicio […], es posible advertir que el Juez Especializado de Instrucción , consigna en un acápite denominado "Prueba admitida de oficio", que entre los elementos que se producirían en Vista Pública, estaba la prueba de referencia consistente en los agentes investigadores que tomaron la entrevista del testigo con criterio de oportunidad clave […], así como el dicho de los investigadores que suscribieron las respectivas actas de reconocimiento en cardex fotográfico, siendo los dos testigos antes mencionados y el agente […].

Es decir, no existe petición alguna de la representación fiscal para la admisión de dicha prueba, ni justificación alguna de parte del Juez Instructor, para proceder a su admisión de oficio.

Con dichas omisiones respecto a la admisión de prueba, se tiene que fue remitida la causa al Juzgado de Sentencia Especializado con sede en la ciudad de Santa Ana, siendo la misma del conocimiento del licenciado […] en carácter de Juez Especializado Suplente, dada la designación realizada por este Tribunal en el trámite de una solicitud de excusa planteada por el Juez Propietario de dicha sede judicial.

Al verificar el acta de la Audiencia de Vista Pública […], se tiene que el ministerio público fiscal solicitó prescindir de diversos medios de prueba, entre estos la declaración del imputado criteriado clave […], esto al momento en el que el juzgador procedió a verificar la presencia de las partes, es decir, antes de declarar la apertura de la audiencia, pues en dicha acta se consignó literalmente: "el que suscribe la presente informó que los testigos ofertados por la Fiscalía…el testigo protegido […] no se hicieron presentes, al darle la intervención a la representación fiscal sobre esta situación, el referido profesional manifestó prescindir de sus declaraciones por no haberlos localizado…"

Ante ello, esta Cámara debe hacer ver que por regla general, lo correcto es que los elementos de prueba recolectados en la fase de inicial del proceso, en especial el dicho de los testigos en los que se sustenta una imputación, sean producidos en Vista Pública, pues es en tal audiencia en donde cobran plena vigencia los principios de oralidad, inmediación y contradicción que revisten nuestro proceso penal y en donde las partes procesales pueden hacer uso de los mismos, a efecto que el Juez que va a sentenciar conozca la prueba de primera mano.

Sin embargo no desconocemos que esta es una regla de carácter general, la cual también tiene sus excepciones, debiendo cada caso ser visto a la luz de sus propias peculiaridades y en atención a éstas hacer uso todas las partes procesales de las facultades que el mismo legislador ha brindado.

Este criterio guarda relación con lo expuesto por la Sala de lo Penal, en sentencia emitida a las a las ocho horas y cuarenta minutos del día diecinueve de septiembre de dos mil doce, en el proceso marcado con referencia 284-CAS-2011, en la cual literalmente se dijo: "…esta Sala en lo que respecta a la no consideración del testigo referencial, a que se refiere el impugnante debe señalarse que a este tipo de testimonio es posible otorgarle excepcionalmente valor, bajo

ciertos requisitos, ya que en virtud del Principio de Inmediación, la regla general es que, se limita el contenido de la declaración a lo visto y escuchado de forma personal y sin intermediarios, para no romper ese vínculo que debe existir entre el sujeto que percibe y el objeto de percepción, se deben respetar criterios de admisibilidad y apreciación para la valoración de la prueba de referencia. Asimismo, puede afirmarse que este tipo de testimonios procede en casos de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial, pero en la medida en que el testigo directo está adscrito a las actuaciones y puede ser ubicado, no podría equipararse su incomparecencia a la circunstancia previamente expresada cuando ésta sea producto de falta de articulación de fórmula para trasladarlo o hacerlo comparecer al juicio. Tales fórmulas ni siquiera se intentaron en el caso subjudice, pues no se advierte que se haya recurrido a los medios que nuestro ordenamiento dispone al efecto. Es claro que, el recurso del testimonio de referencia se ha producido obviando la existencia de testigos directos. En tal sentido, no es admisible cualquier testimonio de referencia, sino que, ante todo, es condición indispensable la imposible concurrencia del testigo directo o presencial. De ahí, su carácter supletorio o subsidiario. Con base a lo anterior, la simple incomparecencia del testigo presencial o directo, teniendo en cuenta el Principio de Verdad Real, no es suficiente para admitir un testimonio de referencia, es decir, la imposibilidad de no contar con la persona que se constituye como "presencial de los hechos", debe atender a motivos excepcionales y plenamente justificados en obstáculos determinables y no superables que impidan presentar su declaración en juicio…"

De igual manera en el ensayo "Prueba de Referencia, ni mediata ni indirecta" del autor Martin Rogel Zepeda, incluida en la obra "Ensayos doctrinarios sobre el nuevo Proceso Penal Salvadoreño" pagina 196, se expone: "…es regla general, recibir al testigo que ha percibido de primera mano el suceso criminal, porque este presenta mayor confiabilidad, aun y cuando se acepta, la fragilidad del medios probatorio testimonial. Pero cuando no resulta traer a juicio a quien verdaderamente ha percibido el hecho delictivo, el juzgado enfrentará la dificultad al momento de valorar una prueba donde un testigo cuenta lo percibido por otro…la culpabilidad de una persona debe probarse en juicio público, lo que implica que debe de cumplirse con todos los principios que orientan y sustentan el juicio público, tal es el caso de la inmediación, la concentración, la publicidad y la oralidad."

Por lo que efectivamente para el caso sub judice, el criteriado que narra las acciones atribuidas al encartado […], no se hizo presente a la fase plenaria, tal como lo consignó el juzgador en su sentencia, siendo ideal que este hubiese comparecido a rendir su declaración, sin embargo, el mismo legislador en los artículos 10 de la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja y en el artículo 221 del Código Procesal Penal, regulan los motivos por los cuales atendiendo a la falta del testigo presencial se puede recurrir al uso de las declaraciones de referencia, no obstante en el caso de autos no se acreditó ninguna de tales circunstancias.

En tal sentido, lo correcto era que fiscalía ante la falta del mencionado declarante, expusiera y acreditara en legal forma los motivos de dicha incomparecencia, ello a fin de valorar si se estaba ante alguno de los supuestos taxativamente

regulados por el legislador en las disposiciones antes referidas, previo a determinar si el testimonio de referencia era admisible para el caso de autos.

En el mismo sentido, no se tiene constancia de que la fiscalía ante dicha incomparecencia y en fase de sentencia, haya subsanado las omisiones y errores cometidos al respecto en la etapa de la instrucción, ello mediante la formulación de una solicitud de admisión en calidad de testigo de referencia, […], quien fue el agente de la Policía Nacional Civil que le tomó la entrevista al criteriado […].

Por lo que en el caso de autos, se ha omitido totalmente darle aplicación a lo establecido en el artículo 223 del Código Procesal Penal, en el cual se establece que el ofrecimiento de un testigo de referencia se hará de manera expresa y justificada, bajo pena de inadmisibilidad.

Tomando en cuenta dichas disposiciones, se tiene que en el caso de autos, ante dichas irregularidades al momento de la admisión y ofrecimiento de la prueba de referencia, el Juez Aquo estaba imposibilitado para valorar el dicho del agente policial respecto a la vinculación delincuencial del procesado, esto en calidad de prueba de referencia.

Por lo tanto, este Tribunal considera que en el caso de autos, existen motivos suficientes que generan la imposibilidad legal para valorar tal medio de prueba, es decir, la declaración del testigo […], dadas las infracciones de ley señaladas por el recurrente y la falta de pronunciamiento al respecto por parte del Juez Aquo, esto al momento que analiza la legalidad de la prueba puesta a su conocimiento.

Atendiendo a ello, corresponde valorar el resto de material probatorio que se produjo en Vista Pública, determinándose que tal residuo probatorio es insuficiente para arribar a un estado de certeza respecto de la existencia de la participación del imputado en el delito en estudio.

Esto es así, pues no existe otro elemento que fuera objeto de inmediación y contracción por parte del Juez Aquo, que aportara datos relevantes de las acciones delictivas que se le atribuyen al procesado […].

Es más, nuevamente se advierte que al recurrente le asiste la razón al señalar la insuficiencia de elementos con los cuales se ha tenido por individualizado a su patrocinado, pues únicamente se contaba con un reconocimiento en sede policial, el cual, se convierte en un indicio insuficiente que no pudo ser corroborado en el juicio con otro elemento."

PROCEDE REVOCAR LA CONDENA ANTE LA FALTA DE MEDIOS DE PRUEBAS ÚTILES PARA VINCULAR AL IMPUTADO EN LOS HECHOS QUE SE LE ATRIBUYEN

"Por lo tanto, este Tribunal considera que dada la falta de medios de prueba útiles para vincular al imputado en los hechos que se le atribuyen y la insuficiencia de elementos con los cuales haya sido individualizado inequívocamente, lo procedente es revocar la resolución emitida por el Juez de Sentencia Especializado Suplente, procediendo en consecuencia a dicta a su favor una sentencia absolutoria, dada la imposibilidad de superar los señalamientos realizados."

Cámara Especializada de lo Penal, número de referencia: 383-APE-2018, fecha de la resolución: 27/06/2018

RECUSACIONES

CONSIDERACIONES SOBRE LA OBLIGACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS OBLIGADOS POR LEY A DECLARAR EL ESTADO DE SU PATRIMONIO

"El estudio de fondo de las recusaciones estará compuesto como primer punto establecer consideraciones doctrinarias respecto de la imparcialidad judicial con la que debe de actuar cada administrador de justicia (i), posteriormente se analizara la naturaleza de la decisión emitida por Corte Plena en donde el […] concurrió con su voto para ordenar el juicio de enriquecimiento ilícito del ex presidente […] estableciendo si el pronunciamiento de Corte Plena tiene incidencia en el presente proceso penal (ii)

i la Imparcialidad Judicial como exigencia constitucional dentro del proceso penal. Una de las exigencias esenciales del principio del Debido Proceso y de la Seguridad Jurídica, trasciende por respetar todas las garantías establecidas en la legislación, una de ellas conlleva la imparcialidad Judicial, comprendida como la exclusión de cualquier motivo de interés por parte del juez que conoce de la causa y que esta pueda afectar el normal desarrollo de ella, pero también la imparcialidad debe entenderse como un elemento legitimador en la toma de decisiones de los jueces, pues no existe mayor expresión de imparcialidad que la falta de interés en el proceso por parte del juzgador.

Es necesario que siempre la imparcialidad subsista en cualquier lugar donde se imparta justicia, pues no se puede esperar un resultado conforme a derecho si no se ha respetado el debido proceso y dentro de este se encuentra la imparcialidad.

Resulta esencial entonces como elemento fundamental de la protección de los derechos humanos, que la imparcialidad sea un medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley; por decisiones imparciales debe entenderse aquellas que siguen criterios objetivos sin dejarse llevar por influencias, opiniones, criterios preestablecidos, prejuicios, es decir a no sentar ninguna manifestación de soporte a una de las partes.

La primera exigencia de la imparcialidad judicial es consagrada en el art. 4 del Código Procesal Penal, en donde se establece que sus actuaciones deben ser de carácter autónomo sin ninguna interferencia en su labor judicial, consecuencia de la derivación establecida en la carta magna en el art. 172 inc.3 y 186 inc. 5 CN.

La imparcialidad constituye una garantía a favor de las personas materialmente interesadas en el curso un proceso. La recusación por algún elemento que afecte la imparcialidad implica el señalamiento de un aspecto que tiene que ver con la probable tendencia de un juzgador a favorecer o a afectar a alguna de las partes, de modo preciso implica el no hacer tareas propias de las partes, pues esto implicaría -como lo señala la doctrina- una conducta procesal indebida.

Para trascender al ámbito internacional, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Comité de Derechos Humanos, se estableció en el artículo 14 -El Derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia-que la imparcialidad como exigencia constitucional goza de dos aspectos, como primer elemento que los jueces no deben de permitir que su fallo

esté influenciado por algún tipo de sesgo o sospecha de intereses personales o como elemento novedoso alguna idea preconcebida del asunto sometido a estudio asimismo alguna actuación que provoque un detrimento de intereses en alguna de las partes; el segundo aspecto requiere de la exigencia en que el juez debe de parecer lo más cercano posible a un observador razonable, es decir su perfil no puede ser considero imparcial si ha tenido alguna actuación que sea expresa y denote un detrimento en su decisión parcializada.

Conforme a lo anterior, la premisa de tribunal imparcial, debe de ser interpretada en el sentido de la ausencia de cualquier prejuicio o de toma de posición, el cual debe contener como análisis para determinar la procedencia o no de lo alegado, el de delimitar mediante un análisis subjetivo para verificar la convicción y el comportamiento personal del juez en un caso en concreto, posteriormente, un análisis objetivo que pueda asegurar que se dan las garantías suficientes para que el justiciable pueda excluir cualquier duda legitima.

Por lo que, no es posible hacer un estudio superficial sobre los motivos alegados como atentatorios a la imparcialidad, resulta en la obligatoriedad de realizar un análisis en concreto, verificando si el admistrador de justicia se ha generado un criterio preconcebido como consecuencia de su actividad judicial.

De las consideraciones anteriores, esta Cámara deberá analizar si la imparcialidad del Juez Quinto de Instrucción de San Salvador […], se ha visto alterada en cuanto a haber conocido sobre un proceso de enriquecimiento ilícito instruido contra el ex presidente […].

ii. Sobre la naturaleza del procedimiento de enriquecimiento ilícito, en primer lugar se deberán establecer consideraciones jurisprudenciales en cuanto a la investigación que se realiza para determinar la existencia de patrimonio no justificado (a), posteriormente se establecerá la posible relación que puede existir entre el proceso seguido contra el ex presidente […] y la presente causa penal (b).

a) La responsabilidad de los funcionarios públicos tiene su fundamento constitucional en el art. 240 CN, la finalidad de la norma constitucional se puede prever bajo dos controles, el primero debe ser considero como preventivo, la cual se encuentra en el segundo inciso del articulo señalado.

“Los funcionarios y empleados que la ley determine están obligados a declarar el estado de su patrimonio ante la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con los incisos anteriores, dentro de los sesenta días siguientes a aquél en que tomen posesión de sus cargos”.

Este elemento preventivo es la declaración patrimonial de cada funcionario público antes de iniciar su periodo y después; esta sirve para que la Corte Suprema de Justicia al detectar alguna anomalía pueda ejercer controles para evitar un posible enriquecimiento ilícito, facultad que ese exterioriza por medio de la Sección de Probidad del Órgano Judicial de conformidad con el art. 114 de la Ley Orgánica Judicial.

El segundo control, conlleva una consecuencia específica, este se origina a raíz de haber adquirido fondos públicos de forma ilícita, teniendo como finalidad optima la devolución de los valores sustraídos ilegalmente del Estado, es en este supuesto donde se requiere de un estudio por parte de la Corte Suprema de Justicia, para después declarar a lugar o no como efecto de las declaraciones presentadas, el iniciar un proceso por enriquecimiento ilícito.

Sobre el proceso señalado en la resolución de Corte Plena […], en la página cuatro expusieron que se ha establecido un procedimiento que puede dividirse en dos fases:

[…] "La fase administrativa se encuentra a cargo de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) y se desarrolla en tres momentos básicos:

a. El principio se relaciona con la obligación que tienen los funcionarios de presentar la declaración de sus bienes a tomar posesión de su cargo y al cesar en su ejercicio. En cuanto a ello, el Constituyente previó que ambas declaraciones deben ser presentadas ante la CSJ.

b. El Segundo se refiere a la atribución de la CSJ de "comprobar la veracidad de la declaración" que le ha sido presentada. Para el desempeño de dicha competencia el constituyente no prescribió- al menos expresamente- otra limitante más que las de mantener en reserva" la declaración y que esta "únicamente servirá para los efectos previstos".

c. El tercero es una consecuencia de los resultados obtenidos al indagar sobre la veracidad de los datos contenidos en la declaración. Así, si los resultados de la aludida comprobación arrojan indicios de enriquecimientos sin causa justificada por parte de un funcionario, procederá la CSJ a ordenar el inicio del respectivo "juicio por enriquecimiento sin causa justa. […]"

Esta etapa administrativa culmina con la decisión de Corte Plena en donde esta puede determinar la existencia de indicios de enriquecimiento ilícito y ordenar el juicio respecto o declarar sin lugar la existencia de indicios, la forma de arribar a la decisión de ordenar el proceso solo puede ser justificado como consecuencia del análisis de las declaraciones patrimoniales realizadas por el investigado, las cuales deben ser valoradas en su totalidad para verificar deficiencias y aumentos patrimoniales no justificados.

Posteriormente la fase Jurisdiccional corresponde al juicio de enriquecimiento ilícito, el tribunal competente será bajo la designación que realice la Corte en Pleno a una Cámara de segunda Instancia, de conformidad con el art. 9 de la ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos."

EVALUACIÓN CON RESPECTO A LA EXISTENCIA DE INDICIOS SUFICIENTES PARA PRESUMIR EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

"b. Al aplicar las consideraciones anteriores sobre la naturaleza de las actuaciones previas al juicio por enriquecimiento ilícito, debe establecerse tal y como lo señalo la Corte en Pleno en la resolución de las trece horas con diez minutos del nueve de febrero de dos mil dieciséis, que su decisión de ordenar el juicio contra el ex presidente fue la conclusión de la fase administrativa del procedimiento.

Su naturaleza administrativa se ve mejor delimita, en la página ocho, de la resolución en estudio, en la cual se establece "La decisión de corte no debe de entenderse como definitiva respecto del enriquecimiento ilícito y al(sic) destino de los bienes afectados, ambas circunstancias compete determinarlas a la Cámara correspondiente, previo juicio de conformidad con la ley."

Es decir la directriz del máximo órgano colegiado de justicia bajo una facultad de ente delimitador entre un posible enriquecimiento ilícito o una debida jus-

tificación, ordena a la Cámara correspondiente para que pueda realizar el juicio por haberse encontrado patrimonio sin justificación.

Para determinar la procedencia del juicio en contra del ex presidente […], fue presentado ante la Corte en Pleno el informe de la Sección de Probidad en donde se mostró un análisis de cuentas bancarias, compraventas de vehículos, compra de sociedades entre otras.

Sobre la información presentada Corte en Pleno llego a la conclusión siguiente:

"A. En resumen las irregularidades encontradas son las siguientes: […].

Todo lo anterior refleja un incremento no justificado en el patrimonio del ex Presidente […]; en consecuencia existen indicios suficientes para presumir enriquecimiento ilícito, derivados del informe de la Sección de Probidad."

Al determinar los presuntos indicios de enriquecimiento ilícito, fue tal la magnitud de lo determinado por Corte en Pleno, que ordeno el juicio señalado, además, inmovilización de tres cuentas bancarias, ordeno la restricción de ocho vehículos automotores y al advertir un presunto ilícito penal se determinó informar a la Fiscalía General de la República de conformidad con el art. 265 ord. 1° CPP y 312 CP.

De la resolución de Corte plena, concurrió con su voto a favor de ordenar el juicio contra el ex mandatario, el licenciado […], en calidad de Magistrado de la Sala de lo Constitucional, es decir suscribió la resolución que culminó con la parte administrativa del proceso de enriquecimiento ilícito, valorando los elementos probatorios presentados ante el pleno.

En razón de lo alegado por los recusantes, resulta necesario verificar si los elementos probatorios que sirvieron para ordenar el juicio por enriquecimiento ilícito, han servido en el actual proceso penal, en caso de ser verdadero esto, se podría advertir un posible pronunciamiento extrajudicial -en Corte Pleno- de la prueba.

Como consecuencia, en caso de determinase lo anterior en el expediente judicial se establecería un criterio preconcebido, el cual lógicamente, conllevaría que se resuelva en iguales términos que lo producido en la resolución […].

Siendo necesaria la verificación de la carpeta judicial para determinar la existencia de elementos valorados en Corte Plena, se deberá estructurar estructurar los elementos de investigación que se han presentado en el presente proceso penal contra el ex Presidente […]. […]."

PROCEDE DECLARAR HA LUGAR CUANDO SE DETERMINA QUE HAN EXISTIDO CRITERIOS PRECONCEBIDOS Y RAZONABLES EN UNA DECISIÓN EXTRAJUDICIAL EN FASE ADMINISTRATIVA, EN CUANTO A LA VALORACIÓN DE ELEMENTOS PROBATORIOS

"Es así que al haberse determinado una coincidencia palmaria y precisa en cuanto a la acusación penal y el voto a favor de ordenar el juicio por enriquecimiento ilícito del ex presidente […] en lo relativo a elementos de prueba, se ha establecido un criterio preestablecido, el cual en caso de valorarse nuevamente, tendría un resultado previsible, atentatorio contra la imparcialidad, como consecuencia de haberse generado un criterio en la fase administrativa extrajudicial

del juicio de enriquecimiento ilícito, analizando de forma precisa nuevamente el informe de probidad.

En otros casos de separación de jueces, este Tribunal ha conocido excusas remitidas del Juzgado Quinto de Instrucción de San Salvador, por ejemplo en la excusa con referencia de Cámara 261-18-8, en la cual el Juez […] se excuso de seguir conociendo, expresando sus motivos en auto de las quince horas con cuarenta minutos del dieciocho de julio de dos mil dieciocho expuso:

"En ese sentido, este juzgador ya ha conocido del presente proceso durante la audiencia preliminar en comento, se han analizado los medios de prueba presentados, mismos que coinciden con los ofrecidos en contra de la incoada […], es decir, los elementos con que se cuentan para acusar a la imputada en referencia, no presentan variaciones con los previamente valorados durante la audiencia mencionada.

Debe acotarse que de conformidad con el art. 186 Inc. 4° Cn, en relación a los Arts. 66 y siguientes del Código Procesal Penal, uno de los derechos fundamentales de toda persona es que sus intereses en un proceso sean resueltos por un juez independiente e imparcial […]"

Como efecto de la valoración probatoria que hizo en ese proceso, el Juez Sidney Blanco expuso:

"En el presente caso, el suscrito Juez ya tiene un criterio formado con referencia al proceso aludido, en razón de haberse valorado pruebas respecto a los hechos objeto de análisis que incriminan a los sindicados […]

Port tales motivos es viable que esta sede judicial se excuse de conocer sobre el presente proceso penal"

En ese caso, mediante interlocutoria […], este Tribunal declaro ha lugar la excusa, por haberse comprobado una valoración probatoria anterior sobre los mismos elementos, de los cuales debía de celebrar audiencia preliminar.

Cabe señalar que aunque el supuesto anterior se encuentra vinculado al conocimiento previo en audiencia preliminar sobre otros imputados, al confrontarlo con el presente caso en lo relativo al análisis probatorio que fue realizado en Corte Plena resulta coincidente pues, el aplicador de justicia ya ha realizado una opinión jurídica sobre los elementos probatorios que sustentaron enviar a juicio al ex presidente […].

Resultando contrario a la seguridad jurídica la modificación de criterios en poco tiempo en cuanto a la valoración probatoria, y su consecuencia al tener elementos preconcebidos por parte del Juez Quinto de Instrucción de San Salvador.

Por lo que sobre la base del primer elemento que subyace en la imparcialidad establecido en el primer punto del análisis jurídico de la presente resolución, se ha logrado identificar una plena valoración previa, el cual consiste en haber resuelto en base a elementos probatorios que son comunes en el presente proceso penal y que han servido a la acusación pública para sustentar el inicio del presente proceso penal, ya que no puede comprenderse la orden de iniciar el juicio por enriquecimiento ilícito, como actividad administrativa sin relevancia, pues a esta conclusión solo puede llegarse al haber observado y estudiado indicios remitidos por la Sección de Probidad.

En razón de lo expuesto, deberá de declararse ha lugar los motivos de recusación, por haberse determinado un criterio preconcebido serio y razonable,

al haber emitido una decisión extrajudicial en fase administrativa en cuanto a elementos probatorios comprendidos en el presente proceso.

De la misma manera pese a que la recusación versaba sobre valoraciones de elementos probatorios relativos al juicio por enriquecimiento ilícito del imputado […], no puede obviarse que el informe de la Sección de Probidad sirvió de forma crucial para sustentar la acusación y trascender a otros imputados, en ese sentido se deberá nombrar a un nuevo juzgado de instrucción respecto de todos los imputados.

Así las cosas, debera designarse a una sede judicial diferente al Juzgado Quinto de Instrucción de San Salvador para que continúe la presente causa penal; en consecuencia designese el Juzgado Séptimo de Instrucción de San Salvador como el juzgado competente de la causa, debiendo el Juzgado Quinto de Instrucción de San Salvador, despachar a la brevedad posible el expediente judicial."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-310-316-2018AC, fecha de la resolución: 28/09/2018

REENVÍO DE LA CAUSA

ADECUADA EN PROCESOS DE APELACIÓN DONDE PROCEDE LA ANULACIÓN DE LA SENTENCIA

"Con relación a la figura procesal del reenvío, es pertinente indicar que tal alternativa es la más adecuada en este tipo de casos donde procede la anulación de la sentencia, en virtud que, este tribunal no debe de dictar directamente una sentencia condenatoria en contra de los procesados, aun cuando la prueba lo incrimine de forma irrefutable, esto en razón que no se les ha desvirtuado su inocencia hasta el momento de dictar la presente resolución, ya que fueron declarados absueltos en primera instancia y si se resolviera conforme al criterio que según esta cámara ha venido resolviendo anteriormente, se vulneraría la tutela judicial efectiva en el sentido de tener derecho a impugnar la sentencia definitiva condenatoria emitida en su contra, por medio del recurso de apelación.

Es decir, todo imputado tiene derecho a recurrir en apelación de una sentencia, y si la cámara dictara una sentencia condenatoria en su contra, se anularía del derecho a impugnar por medio del recurso de apelación, puesto que tal figura procesal procede únicamente contra las resoluciones pronunciadas en primera instancia; además de conformidad con el Art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, una de las garantía judiciales que tiene todo justiciable es, "derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior". Normativa que es vinculante para todo administrador de justicia por mandato constitucional Art. 144 Cn., es decir los tratados internacionales suscritos por El Salvador son leyes de la República.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia ya se ha pronunciado sobre el derecho de recurrir en segunda instancia, en el caso MOHAMED VS ARGENTINA, de fecha veintitrés de noviembre de 2012 y en su considerando número ciento cincuenta y dos sostuvo en lo pertinente:

"152. La Corte determinó que el señor Mohamed no tuvo a su disposición un recurso que, de acuerdo a los estándares del artículo 8.2.h de la Convención Americana, permitiera la revisión de la sentencia que lo declaró culpable y condenó por primera vez en la segunda instancia del proceso penal que se le siguió por el delito de homicidio culposo (supra párrs. 90 a 117). En consecuencia, de acuerdo al artículo 63.1 de la Convención, que estipula que "[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados", el Tribunal ordena al Estado que:--- Adopte las medidas necesarias para garantizar al señor Oscar Alberto Mohamed el derecho de recurrir del fallo condenatorio emitido por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional el 22 de febrero de 1995, de conformidad con los parámetros convencionales establecidos en el artículo 8.2.h de la Convención Americana (supra párrs 90 a 117). Esta medida debe de cumplirse en el plazo de seis meses, contados a partir de la notificación de la presente sentencia…"

Es decir, en el presente caso que se cita el Estado de Argentina fue condenado, por haber sido absuelto en primera instancia y condenado en segunda instancia, por ello, ante una anulación de sentencia no puede dictar directamente el tribunal de alzada la sentencia respectiva, sino que tiene que reenviarlo a nuevo juicio. Situación diferente es cuando se revoca la sentencia por inobservancia o errónea aplicación de la ley, Art. 475 Inc. 2° Pr. Pn., ahí puede dictar directamente la sentencia la cámara, pero no es este el caso.

Y, es que aun cuando la norma antes citada pudiera interpretarse en el sentido que habilita a las cámaras dictar directamente la sentencia condenatoria, debe en ese caso, primero, hacer una interpretación conforme a la Constitución; segundo, una interpretación conforme a la Convención; y, tercero, la inaplicabilidad para salvar el derecho de recurrir en apelación de toda sentencia condenatoria que se dicte en contra de cualquier justiciable.

Eso es, a nivel internacional, hoy examinemos la jurisprudencia interna, la Sala de lo Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia del treinta de junio de dos mil quince en casación 85C2013."

Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, número de referencia: 61-2018, fecha de la resolución: 09/03/2018

REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

MÉTODO DE VALORACIÓN DE PRUEBA QUE LE SIRVE AL JUEZ COMO MEDIO PARA APRECIARLA, A TRAVÉS DE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA LÓGICA, LA PSICOLOGÍA Y LA EXPERIENCIA COMÚN

"En principio, cabe señalar que la sana crítica es un método de valoración de prueba que le sirve al juez como medio para apreciarla a través de la aplicación de las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia común. Las reglas de la sana crítica son ante todo las reglas de correcto entendimiento humano, unas y otras contribuyen de igual manera a que el juzgador pueda analizar la prueba –documental, testimonial, pericial, etc.-, con arreglo a la sana crítica y a un conocimiento experimental de las cosas, lo que exige además que se exprese en la

sentencia la relación entre el hecho a probar y el medio de prueba que conforma la convicción judicial, con la finalidad de comprobar las razones por las cuales se toma una decisión, estando sujeto a los imperativos del razonamiento lógico, de la rectitud, de la imparcialidad y la fundamentación o motivación."

LEYES DEL PENSAMIENTO QUE SUSTENTAN EL PRINCIPIO LÓGICO

"En cuanto a las reglas de la lógica, por su parte, descansa en el supuesto que la motivación efectuada por el juzgador ha derivado de una operación lógica que se encuentra fundada en la certeza a la que llega luego de la valoración de los elementos sometidos a su conocimiento. Este principio lógico está sustentado a su vez por las leyes del pensamiento, las cuales son: 1) las leyes de la coherencia; y, 2) la ley de la derivación; respecto de la segunda, a través de ella se establece que cada pensamiento debe provenir de otro, con el cual está relacionado, salvo que se trate de un principio, es decir, de un juicio que no es derivado sino el punto de partida de otro; de esta segunda ley se extrae el principio de la razón suficiente, por medio del cual se entiende que todo juicio para ser realmente verdadero, necesita de una razón suficiente que justifique el razonamiento efectuado por el juzgador con pretensión de verdad."

Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, número de referencia: 116-2017, fecha de la resolución: 31/05/2018

REQUISA PERSONAL

ASPECTOS RELATIVOS A LA INFORMACIÓN OBTENIDA DE UNA PERSONA INTERVENIDA COMO SOSPECHOSA

"Número 1.- Sustancialmente, el juez ha absuelto al imputado por estimar: [...]

Número 2.- Respecto del segundo motivo de apelación, en esencia, lo que arguye el impetrante es: [...] Considerando entonces vicio en la apreciación de la prueba, al considerarse por el juez de grado ilegal la prueba obtenida.

Número 3.- Los aspectos impugnados serán examinados por este tribunal a partir de un doble enfoque, el primero aludido a la facultad de la policía de interrogar a una persona sospechosa de estar cometiendo un delito, es decir intervenida por la policía, y cuáles son las limitaciones que se tiene en la actividad policial, en cuanto a obtener información de esta persona; el otro estará vinculado al registro posterior de la morada de la persona objeto de procesamiento.

Número 4.- Según la prueba y los hechos controvertidos, los agentes de policía ante un señalamiento del imputado, lo intervinieron, procediendo a su requisa, no encontrándole nada, pero posteriormente le hicieron preguntas sobre si tenía droga en su vivienda, y que les colaborara, siendo que el imputado contesto según los agentes afirmativamente y permitió el ingreso a su vivienda en la cual se encontró droga. [versión policial].

Número 5.- Para indicar el carácter factico de tal situación conviene citar literalmente lo que expresaron los agentes de policía así: [...]

Número 8.- Sobre el primer punto a examinar relativo a la información obtenida de una persona intervenida como sospechosa debe indicarse lo siguiente: **[a]** La nominación de imputado establecida en el inciso primero del art. 80 CPP es amplia y se aplica tanto al procedimiento policial como al judicial, de tal manera que la persona señala aun ante o por la policía como sospechosa de participar en un delito tiene calidad de imputado; **[b]** la policía tiene la facultad de intervenir a las personas e indagarlas ante la sospecha aun mínima de una posible actividad criminal, e incluso la constitución de la República habilita el registro personal del sospechoso –art. 19 Cn– pero ello, se limita al cacheo personal, y no habilita el realizar un interrogatorio inculpatorio.

Número 9.- [c] Durante la requisa legalmente permitida –art. 196 CPP– la policía tiene facultades de registro personal, indagando sobre el cuerpo de las persona, respetando su integridad personal y moral, pero el acto de la requisa solo habilita el cacheo personal, y no la obtención de información inculpatoria mediante interrogatorio o preguntas sobre una actividad delictiva, como la posesión o tenencia de objetos ilícitos, el policía no puede so pretexto de la requisa interrogar o preguntar inculpatoriamente a la persona sobre actos ilícitos, su facultad llega a registrarla."

POLICÍA NO TIENE PERMITIDO REALIZAR PREGUNTAS INCRIMINATORIAS O INCULPATORIAS A UN SOSPECHOSO O IMPUTADO PORQUE CONSTITUYE UN ILÍCITO DE COMPULSIÓN POLICIAL

"Número 10.- [d] el acto de la requisa, solo permitiría a la policía legalmente, indagar a la persona sobre sus datos personales, es decir, nombre, domicilio, residencia, ocupación –tal como lo prevé el art. – pero no realizar preguntas incriminatorias, o inculpatorias, en las cuales, el justiciable, se auto-incrimine en un hecho delictivo, ante las preguntas de inculpación del agente policial, quien no obra como cualquier ciudadano, que pregunta, sino investido de la autoridad del Estado, y es un agente de la fuerza pública, por ende ejerce en su actividad la coerción estatal, por eso, le está vedado interrogar a las personas sospechosas de cometer o participar en un delito, sin que se la aseguren las garantías mínimas de una persona sujeta a la autoridad de un agente estatal.

Número 11.- [e] En resumen, el agente policial, no puede solicitar, pedir o preguntar "espontáneamente" información inculpatoria a una persona que es intervenida en un acto de autoridad sea sospechoso o imputado, en cualquiera de las dos circunstancias, las facultades solo son de registrarlo, y de preguntas solo identificadoras, pero en ningún caso incriminatorias de estar cometiendo un delito o tener objetos ilícitos constitutivos de delito, tales interrogatorios o preguntas constituyen un mecanismo ilícito de compulsión policial, que no se encuentra permitido, y que también integra el derecho a no declarar contra sí mismo, y a ser interrogado, solo con las debidas garantías –haciéndole saber previamente los derechos, y con presencia de un defensor–.

Número 12.- [f] La práctica de interrogatorios o preguntas inculpatorias a sospechosos o imputados, obteniendo información incriminatoria o evidencia, se encuentra prohibida, puesto que constituye un mecanismo compulsivo que vicia el consentimiento, puesto que el agente cuando pregunta, interroga o pide

información lo hace investido de autoridad, y del carácter de la coerción estatal, por ende no se trata de información obtenida voluntariamente, por ello, tal mecanismo se encuentra prohibido, puesto que la Constitución y la ley solo habilita la requisa personal –arts. – y el interrogatorio de identificación, pero no uno con carácter incriminativo, y ello vale en igualdad para los sospechosos, como para los imputados, en todo caso, la garantía se aplica en el mismo ámbito de protección, la persona no puede ser objeto de preguntas o interrogatorios incriminativos, de afirmación o reconocimiento de una conducta delictiva.

Número 13.- [g] Concurre una prohibición general de obligar a las personas a declarar contra sí mismo. Las normas que protegen ese ámbito son: el art. 12 Cn, 14.3 "g" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.3 "g" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La prohibición de no declarar contra sí mismo, debe ser vista desde una perspectiva extensiva, protege a todas las personas, frente a un acto de autoridad, sea que tengan el carácter de sospechosos, o de imputados, en todo caso, la autoridad policial, debe abstenerse de realizar preguntas inculpatorias, desatendiendo las garantías procesales que impiden este tipo de preguntas o interrogatorio.

Número 14.- [h] La forma de ejercer compulsión sobre una persona puede ser variada, no necesariamente con uso de fuerza física, la autoridad no debe interrogar a personas sospechosas, preguntándoles si han cometido un delito o tienen objetos ilícitos, sin las advertencias legales y sin defensor, puesto que esa actividad la hacen investidas del poder de coerción del Estado, suficiente para vulnerar la libre voluntad de las personas.

Número 15.- Los artículo 271 y 274 CPP –invocados por el recurrente– no tiene amparo legal, para formular al imputado preguntas o interrogatorios con carácter inculpatorio, dichas disposiciones establecen la facultad de la policía de investigar los delitos e interrumpirlos, y de identificar y aprehender a los autores y participes, lo cual es congruente con lo establecido en el artículo 273 N° 7 y 8 CPP, en cuanto a la aprehensión del imputado y su identificación, pero fuera de ello, el agente de policía no puede extender sus facultades en el sentido que pregunte o interrogue al sospechoso o al imputado, en un sentido inculpatorio, puesto que ello, no le está permitido, arts. 82 N° 5, 7 y 274 CPP."

TODA INFORMACIÓN DERIVADA DE PREGUNTAS INCRIMINATORIAS POR PARTE DE LA POLICÍA CONSTITUYE PRUEBA ILÍCITA

"Número 16.- De los hechos afirmados según los testimonios de los agentes de policía, es evidente que ellos, hicieron preguntas inculpatorias al justiciable, que excedían sus facultades legales, y estos cuestionamientos o interrogatorios, no pueden ser vistos como una simple actividad de preguntar y responder, puesto que quien lo hace es la autoridad, investida de todo su poder de coerción, con lo cual, no puede sostenerse que la respuesta sea libre y espontánea respecto de la persona sospechosa que está intervenida coercitivamente por la policía, en tal sentido, no teniendo la autoridad policial en el acto de la intervención de indagación y requisa, más facultades que la de cachear a la persona sospechosa e indagar sobre su identidad y preguntas de índole personal, las preguntas incriminatorias que realizaron quedan dentro del marco de un interrogatorio prohibido,

puesto que la policía no tiene facultad legal para hacerlo en un sentido inculpatorio, y por ende toda la información que del mismo se deriva constituye prueba ilícita, puesto que transgrede la normativa constitucional, convencional y legal, que prohíbe la autoincriminación con afectación de la voluntad de la persona.

Número 17.- En este caso, tiene aplicación la regla de exclusión de prueba prevista en el artículo 175 inciso primero CPP que dice: "Los elementos de prueba solo tendrán si han sido obtenidos por un medio licito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código. Al realizarse preguntas inculpatorias de la policía hacia el justiciable –como quedó demostrado por la prueba– en el momento de su intervención y requisa, todo lo que se deriva del mismo, tiene vicio de ilicitud, con mayor énfasis cuando se trata de información obtenida mediante preguntas o interrogatorio incriminatorio, no permitido legalmente, con lo cual, a toda la información que se obtenga –las consecuencias posteriores del allanamiento de morada y encuentro de droga– tiene aplicación la regla del inciso segundo de la disposición precitada que dice: "No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito".

Número 18.- La anterior regla conocida como "teoría del fruto del árbol envenenado o venenoso o más lacónicamente "*fruit doctrine*" –por su desarrollo en el *comom low*– y de conexión de antijuridicidad –en el sistema continental– determina que las pruebas que tengan origen ilícito, transmiten su ilicitud a los otros actos de investigación, que se ven afectados y teñidos por el carácter ilícito originario de la prueba, por ende tampoco pueden ser objeto de valoración debido a su ilegalidad y deben ser objeto de exclusión como prueba, puesto que atenta contra las garantías constitucionales que deben de respetarse más aún por la autoridad. Por ello, siendo ilícito la información obtenida mediante preguntas inculpatorias al justiciable, por parte de la policía sin que observara el procedimiento de ley para ello, sus consecuencias se extienden a la información derivada – frutos– que en este caso, se trata de la droga incautada en su morada, generándose también en una conexión de ilegalidad, que bastaría para excluir la evidencia encontrada –sin embargo, sobre la entrada a la casa del justiciable, justificando un consentimiento válido, se expondrá posteriormente–.

Número 19.- Pues bien, estos aspectos han sido correctamente valorados por el juez de grado, quien ha aplicado adecuadamente la regla de exclusión de prueba, prevista en el art. 175 CPP, inclusive el análisis que hace el juez de grado, sobre la excepción de hallazgo inevitable resulta acertado, puesto que aunque la norma citada, permite valorar excepcionalmente la evidencia que pudiese tener un grado de ilicitud –por razón de buena fe, hallazgo inevitable o fuente independiente– ninguno de los supuestos de excepción a la regla de exclusión resulta aplicable."

PROCEDE CONFIRMAR LA ABSOLUCIÓN, POR AUSENCIA DE VICIO ANTE LA CORRECTA EXCLUSIÓN DE PRUEBA DE CARÁCTER ILÍCITO

"Número 20.- Debe señalarse sobre ello, que las excepciones en materia de regla de exclusión deben ser ponderadas prudentemente, sin generar una desmaterialización de la funcionalidad de la garantía constitucional que protege los

derechos de la persona, en este caso, cuando se trata de obtención de información con carácter probatorio, con afectación del derecho de no auto-inculparse a sí mismo, sin las debidas garantías, su aplicación debe ser más rigurosa, ante actuaciones de la autoridad policial, que con prácticas no legales, ni permitidas –a la autoridad lo que no le está permitido por la ley le está prohibido, art. 86 Cn– vulneran este derecho.

Número 21.- Así, no puede estimarse que procede de buena fe, el agente que conociendo o debiendo conocer esas prohibiciones –por su formación básica y especializada aún– procede contrario a la ley, realizando preguntas no permitidas legalmente a una persona intervenida como sospechoso, puesto que esta actividad lo sitúa ya en el marco de una imputación inicial, dentro de la cual, se activan las garantías básicas constitucionales y convencionales respecto del proceso penal reconocidas a toda persona sometida a un acto de autoridad, por ende, la actuación no es de buena fe.

Número 22.- Tampoco puede sostenerse que se trate de un hallazgo inevitable, puesto que no ha concurrido, una investigación previa y determinada sobre el hecho, que permitiría encontrar la evidencia, sin la actividad de interrogatorio que fue efectuada al justiciable, quien brindó toda la información, tampoco ha concurrido una orden de allanamiento previamente tramitado –y sin origen ilícito– que permitiese entender lo indefectible del registro de la vivienda.

Número 23.- Por último, tampoco se tiene una fuente completamente independiente, de la información obtenida ilegalmente en relación al justiciable, por lo cual, ninguna de las excepciones establecidas en la ley pueden ser atendidas, en conclusión la prueba mantiene el carácter ilícito, y debe ser excluida, precisamente ello es lo que realizó correctamente el juez sentenciador, y por ende, la valoración sobre la ilicitud de la prueba es acertada y no se corresponde apreciar el vicio alegado por el recurrente."

ALLANAMIENTO Y REGISTRO DE VIVIENDA DEL IMPUTADO SE CONSIDERA ILEGAL, AL NO TENER UN CONSENTIMIENTO LIBRE, ESPONTANEO Y PLENO

"Número 24.- Ahora conviene examinar el segundo aspecto vinculado a la entrada de la autoridad a la morada del justiciable, y el hallazgo de la droga, que fue excluida de valoración para determinar si correspondería apreciar un allanamiento no ilegal, por encontrarse habilitado por el consentimiento del morador –arts. 20 Cn.–. Debe antes de comenzar el examen de este punto recordarse lo que se expresó previamente, el carácter ilícito derivado las preguntas inculpatorias efectuadas al imputado, sería suficiente para comunicar la ilicitud al registro posterior realizado por la policía, apoyándose en el consentimiento que ellos dicen les dio libre y voluntariamente el justiciable para entrar en la vivienda y registrarla.

Número 25.- Pues bien, lo primero que deberá decirse es que, reconociéndose que la Carta Magna, en el artículo 20 habilita el entrar a una morada por consentimiento del morador, debe también afirmarse que tal consentimiento debe ser pleno, libre, voluntario e informado, sin que se admita un sesgo de coerción por parte de la autoridad, por ende, la garantía supone en primer orden, que a la morada de las personas, la autoridad solo puede entrar mediante orden

judicial que habilite el registro y allanamiento, y que el carácter del consentimiento es totalmente extraordinario, y debe ser totalmente libre y pleno.

Número 26.- Lo anterior, debe llevar a considerar que una persona intervenida ya por la policía, sujeta a requisa policial, y a la cual se la han formulado preguntas inculpatorias sobre conducta delictiva –las cuales no están permitidas legalmente– no estaría manifestando un consentimiento libre, pleno y voluntario, ante un acto de autoridad policial que es por propia naturaleza coercitivo, la intervención policial de una persona con registro de requisa incluido, es un acto propio de coerción, ante lo cual, el consentimiento expresado posteriormente para registrar la morada, tiene graves reparos para ser considerado espontaneo y verdaderamente autónomo, respecto del morador, debido a que está ante una autoridad con poder de coerción y sujeto previamente a un acto material de ese poder que es la requisa, en ese contexto, el consentimiento no puede estimarse verdaderamente libre, voluntario y pleno, el vicio material del consentimiento resulta evidente.

Número 27.- La doctrina comparada ya ha expresado el no reconocimiento, a estas habilitaciones de consentimiento "espontaneo" de los gobernados ante actos compulsivos de la autoridad, y se ha dicho por ejemplo: "[…] He sostenido ya que la presencia de la policía en un domicilio suscita en la mayoría de los habitantes una sensación como mínimo de intranquilidad, que hace que difícilmente sepamos cómo reaccionar si se nos pide que firmemos una constancia de que "consentimos" el procedimiento que se está por llevar a cabo. Con o sin orden judicial, además, parece que cualquier ampliación, transformación, etcétera, del objeto de ingreso es irrelevante, con lo que poco importa entonces que la orden judicial –en los casos que se expida– determine con alguna precisión en que consiste lo que la policía está autorizada a llevarse. Es más, para el oficial actuante en una investigación es mucho más seductor ir directamente al domicilio del sospechoso a requerir su consentimiento, que molestarse en tramitar la correspondiente orden judicial". [Alejandro D. Carrió "Garantías constitucionales en el proceso penal". Hammurabi. Argentina. 4ª edición 2000 p 322]

Número 28.- Dicho lo anterior, es evidente que el recurso de la autoridad a pedir consentimiento al morador sospechoso de un hecho delictivo, en lugar de tramitar un registro y allanamiento ante la autoridad judicial, debe ser visto como suma prudencia, puesto que dicho consentimiento en la generalidad de los casos, ante un acto de autoridad que es por naturaleza compulsivo, es decir coactivo, medra el libre consentimiento de las personas, por ello, tal consentimiento no puede ser apreciado como una forma generalizada de intervenir en la morada ni de sustituir la garantía de orden judicial, sobre la decisión de sí personas ejerciendo la autoridad del Estado –la policía– pueden o no ingresar a una morada por sospecha probable de ejecución de delito. Todo lo anterior bastaría para indicar que el allanamiento de la casa y su registro, sin orden judicial, no ha sido válido, puesto que el consentimiento resulta cuestionable en la forma en que fue obtenido.

Número 29.- Ahora bien, debe además ponderarse que según la prueba incorporada al debate, sobre tal consentimiento aparentemente espontaneo, el testimonio de otra personas indican completamente lo contrario en el sentido siguiente: [...]

Número 30.- En ese contexto, teniendo en cuenta tal información que no ha sido desacreditada, se tiene que el imputado fue llevado esposado a su apartamento, luego fue retirado del mismo, que los agentes de policía estaban cubiertos de su rostro; por lo que en tales circunstancias, no puede entenderse que el consentimiento que los agentes dicen que el justiciable les brindó para entrar en su morada, sea estimado como libre, espontaneo y pleno, si por el contrario se evidencia actos coactivos, que no permiten entender un verdadero consentimiento.

Número 31.- Por ende a los aspectos ya expresados que no permiten razonablemente considerar un consentimiento autónomo, la prueba en su conjunto indica una situación de verdadera compulsión policial, en tal sentido, se trata de un allanamiento y registro completamente ilegal sin que se tenga un verdadero consentimiento del morador, y por ende la evidencia obtenida es prueba ilícita, por vulneración directa del artículo 20 Cn., y de los artículos 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 191 y 195 CPP, puesto que no concurrió orden judicial, ni se determinó ninguno de los presupuestos que habilita el allanamiento sin orden judicial.

Número 32.- Así, la prueba valorada por el juez de grado, en cuanto a la exclusión de los elementos de prueba por carácter ilícito, ante un allanamiento de morada, sin los garantías legales, lo ha sido correctamente, no concurriendo ninguna infracción interpretativa procesal ni violación de las reglas de la sana critica, por ende el vicio será desestimado, y la sentencia absolutoria confirmada por estar dictada conforme a derecho corresponde."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 31-SA-2018, fecha de la resolución: 06/04/2018

RESPONSABILIDAD CIVIL

CONSIDERACIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE SU CONCEPTUALIZACIÓN

"Con la finalidad de dar cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal Casacional, corresponde en este apartado completar razonadamente la motivación relativa al fundamento de la responsabilidad civil para el caso en conocimiento.

Para ello se vuelve necesario profundizar en el concepto de "responsabilidad civil" esbozado en la sentencia de casación (i), a efecto de lograr una aplicación meticulosa de estas categorías al caso en concreto (ii).

i. La responsabilidad es un concepto que – en el caso del proceso penal – se deriva de toda aquella responsabilidad penal que se le atribuya algún sujeto, por la comisión de un hecho que ha sido calificado como delito y que se ha concluido que es el responsable penal de cierta conducta.

Respecto de ello se debe indicar que el artículo 399, específicamente en sus incisos 2° y 3° CPP, expresa lo siguiente:

"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 quien deberá percibirlos.

Cuando lo 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".

Ahora bien, el pronunciamiento de la responsabilidad civil por parte de esta Cámara, se encuentra habilitado en razón de que se cuente con una competencia –según lo ha establecido la Sala – secundum eventum Litis, que implica que, al tener la facultad de pronunciarse sobre la responsabilidad, se goza de la facultad de emitir criterio y solución en relación a la responsabilidad civil.

Cabe destacar que, la comisión de un delito por parte de un sujeto culpable determina la responsabilidad penal y por ello la sujeción del trasgresor a las consecuencias que son indicadas por el orden jurídico que es la pena. Pero además de la pena pueden surgir otras consecuencias de la comisión de un delito o con ocasión del mismo, como son las resultas civiles que derivan del hecho catalogado como delito.

El hecho que la ley describe como delictivo, además de producir un daño social, puede además ocasionar un daño privado o la lesión de intereses individuales que son susceptibles de ser reparados o indemnizados, lo que hace surgir la responsabilidad civil o la obligación de reparar el daño causado, mismo a lo que comúnmente se le conoce como "resarcimiento". De allí que el Código Penal, en el Art. 114, señale:

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

Ahora, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 115 del mismo código, la responsabilidad civil comprende:

La restitución de las cosas obtenidas como consecuencia de la realización del hecho punible o en su defecto, el pago del respectivo valor;

La reparación del daño que se haya causado;

La indemnización a la víctima o a su familia por los perjuicios causados por daños materiales o morales; y,

Las costas procesales.

En ese orden de ideas, es dable verificar que el daño es la expresión máxima de la responsabilidad, sobre lo cual debe caer el resarcimiento del mismo. Ahora bien, tal como puede apreciarse en múltiple jurisprudencia casacional, el concepto de daño surge como producto del derecho al resarcimiento por el perjuicio causando ante el acaecimiento de un ilícito de naturaleza penal. Precisamente, su carácter accesorio a la responsabilidad penal impone la obligación de todo juzgador de motivar en la medida de lo posible la naturaleza del daño ocasionado; y si la forma correcta de ejercer el resarcimiento será a través de la restitución del bien objeto del ilícito, el pago del valor equivalente al mismo o la satisfacción de una indemnización a partir de la cuantificación de los perjuicios morales y personales devenidos por el hecho delictivo.

En ese orden de ideas, será trascendental para la correcta interiorización del concepto de "daño" como expresión de la responsabilidad civil la determinación

de su causa, es decir, como se ha venido estableciendo a lo largo de esta resolución, del hecho delictivo que lo produjo. En términos laxos, el hecho delictivo consiste en la conducta injusta perpetrada por parte de un individuo en detrimento de la esfera jurídica de otro; y cuyo contenido contraviene al ordenamiento penal previamente estatuido.

A partir de lo anterior, es posible verificar lo desarrollado por esta Cámara en el incidente de apelación marcado con referencia 161-2016-2, en donde se afirmó que la definición anterior respecto del daño permite entender dos aspectos esenciales de la producción del mismo, en donde el primero radica en la justificación de la protección a nivel penal de las interacciones de individuos, mientras que el segundo reposa sobre la posibilidad de que el daño ocasionado por uno o varios hechos delictivos se susceptible de reparación por medio de la acción civil.

La determinación del daño, para su consecuente reparación por la vía civil resulta una actividad compleja para el Juzgador, ello desde el momento en que se considera que el hecho delictivo es el parámetro generador de la responsabilidad civil, por lo que dependerá de que se explique razonablemente, tanto la calificación de la conducta juzgada, como la determinación de la responsabilidad civil, lo cual permitirá de mejor manera ejercer la restitución de la misma.

Tal como se ha venido exponiendo, se aclara que la posibilidad de que se le imponga la responsabilidad civil del daño producido de un hecho delictivo, depende que dicha persona haya sido la responsable de la comisión de aquel, es decir, que únicamente si se concluye que la persona procesada es quien ha cometido el delito, superando el análisis completo de la conducta en su adecuación con un tipo penal previamente establecido, se podrá condenar además al resarcimiento de dicho daño en concepto de responsabilidad civil, de lo contrario, no habrá posibilidad de imponer la obligación de resarcir civilmente el daño ocasionado.

En razón de todo lo anterior, se convierte en un punto de análisis primordial la posibilidad de que la acción civil, que es el paso previo a la determinación de la responsabilidad civil, se extinga, tal como lo establece el artículo 45 CPP, el cual expone lo siguiente:

"La acción civil se extingue:

Por renuncia expresa del ofendido o de su representante legal.

Por sobreseimiento, salvo que se pronuncie por alguna de las siguientes causas:

Inimputabilidad.

Excusa absolutoria, cuando no se refiera a la responsabilidad civil.

Muerte del procesado.

Amnistía, cuando el decreto que la conceda deje subsistente la responsabilidad civil.

Prescripción de la acción penal.

Aplicación de un criterio de oportunidad.

g) Revocatoria de la instancia particular.

3) Por sentencia definitiva absolutoria, salvo en los casos siguientes:

Duda en la responsabilidad del imputado.

Cuando hubiere precedido veredicto absolutorio del jurado".

A partir de dicho punto se colige que, la responsabilidad – y el resarcimiento que surge de ella – puede ser exigida por medio de la acción civil, sin embargo, existe la posibilidad que la misma se extinga en los casos que expresa la disposición citada, de la cual se hace énfasis en los expuesto por el numeral 3°, pues se extrae que, si se ha decretado una sentencia absolutoria a favor de la persona procesada, es posible que la acción civil – por la que se busque el resarcimiento – se extinga.

Ahora bien, de dicho postulado se verifica que existen dos excepciones; y es que, aun y cuando se decrete una absolución, la acción civil no se verá extinta, siempre y cuando exista duda en la participación del imputado en el hecho delictivo, y cuando el veredicto absolutorio devenga del jurado. De lo contrario, la extinción de la acción civil queda supeditada a la condena del hecho punible a una persona específica."

IMPOSIBILIDAD DE APLICARLA AUTOMÁTICAMENTE CUANDO HA SIDO DEBIDAMENTE ACREDITADO QUE EL PROCESADO NO ES RESPONSABLE DE LOS HECHOS ILÍCITOS QUE SE LE IMPUTAN

"ii. Trayendo estas consideraciones al caso en conocimiento, se tiene que el hecho delictivo incriminado al imputado está delimitado a un ilícito, siendo éste el de Apropiación Indebida de Retenciones o Percepciones Tributarias, cuya descripción típica y sanción se encuentran en el artículo 250 del Código Penal.

Como resulta palmario a partir de lo argumentado en la sentencia emitida por esta Cámara en resolución […], se dijo lo siguiente:

"Mediante la prueba testimonial, documental, y pericial ofertada por la Fiscalía General de la República ha quedado establecida la existencia de un hecho que cumple con todos los elementos de la teoría jurídica del delito. Ya que establece que en los documentos contables de la empresa efectivamente consta que se han llevado a cabo retenciones que no han sido enteradas al fisco".

Sin embargo, dicho pronunciamiento ha sido complementado de la siguiente manera:

"Aunado a dicha prueba se establece como punto único de participación que el ahora imputado es quien aparece como representante legal de la sociedad.

Obre dicho aspecto se colige que si bien es cierto consta que el representante legal de la empresa es el imputado, no es posible concluir que dicha persona ha sido la que ha cometido el delito".

Dicho planteamiento, aunado a la fundamentación que le acompaña a lo largo de la resolución fue avalado por la Sala de lo Penal, en la sentencia a la que se ha hecho referencia en el preámbulo del presente documento.

Como consecuencia de ello, aunque se reconozca que ha existido una conducta que constituye un hecho delictivo, se ha establecido que el señor […] no ha sido el responsable de que dicha conducta haya sido consumada, por lo que tampoco es posible atribuirle de manera automática el resarcimiento del daño ocasionado. Justificando así el desprendimiento del procesado de la responsabilidad penal.

Advertido que ha sido dicha separación entre el sujeto y la conducta, es inevitable afirmar se está ante la presencia de una sentencia de naturaleza abso-

lutoria a favor del señor […], siendo pertinente verificar si es posible escindir de ahí la responsabilidad civil para que sea ejercitada por medio de la acción civil.

Sin embargo, se ha constatado que, estando ante un pronunciamiento absolutorio, tampoco se cumplen las excepciones que describe la ley procesal penal en su artículo 45, pues dicha absolución no se ha logrado a raíz de la aplicación del artículo 7 CP – referente a la duda – sino que la misma ha sido producto de una construcción de argumentos lógicos que verifican que el procesado no ha tenido responsabilidad en la comisión del ilícito.

Tampoco nos encontrarnos ante un caso en el que haya habido participación alguna del jurado, pudiendo declarar así que la acción civil ha quedado extinta y en consecuencia no es posible atribuirle al señor […] la responsabilidad derivada del delito de Apropiación Indebida de Retenciones o Percepciones Tributarias, debiendo esta Cámara absolver sobre la misma."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 268-2017, fecha de la resolución: 25/01/2018

EL JUEZ DE TRÁNSITO TIENE EXCEPCIONAL COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN CIVIL DERIVADA DE UN ACCIDENTE DE TRÁNSITO, ESTÁ FACULTADO PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA MISMA

"Efectuado el estudio del Proceso Penal, que ha sido remitido a este Tribunal Superior en grado, el criterio expuesto por el señor Juez Primero de Tránsito de esta ciudad, para declarar la Prescripción de la responsabilidad civil y los argumentos de inconformidad, manifestados por el fiscal licenciado [...], los suscritos Magistrados consideramos:

1).- Esta Cámara, examina que el Art. 5 de la LPESAT, regula: """Iniciada la acción penal se entenderá que lo ha sido también la acción civil."""" (Sic), al realizar una interpretación de esta disposición legal, hemos de entender que el legislador ha concedido al juez de tránsito la potestad para poder tramitar ambas acciones, esto es, la penal y civil que pueden haberse derivado de un accidente de tránsito; de allí que advirtiéndose de la lectura de la norma, que en lo que respecta a la acción civil, el legislador no le impuso una restricción al juez, en cuanto hasta que etapa del proceso podría este llegar, y de haberlo querido distinguir, la norma lo hubiese dicho expresamente. Por lo tanto, ambas acciones (la penal y la civil), en tal contexto se tramitan ante el mismo juez de tránsito.

2).- El señor fiscal licenciado [...], ha invocado el Art. 147 CP, aplicable al presente caso, el cual regula la **Extinción de la Responsabilidad Civil,** y dice lo siguiente: "La extinción de la responsabilidad penal no lleva consigo la extinción de la responsabilidad civil; **esta se extingue conforme <u>a leyes civiles"",</u>** dicha norma puede ser interpretada de varias maneras, y como sabemos al juez o magistrado es a quien le corresponde interpretar y aplicar las leyes, por ello, es que todo juzgador debe ser respetuoso y cuidadoso al momento de realizarla a fin de que esa interpretación, siempre sea **conforme a la Constitución,** para que respete los principios que inspiran todo proceso, como es el principio de **seguridad jurídica.**

3).- En ese orden de ideas, al analizar la primera parte de la citada norma, en efecto el legislador no está diciendo que el hecho que una persona condenada por un delito haya cumplido una pena de prisión, no significa que automáticamente se dé por cumplida la responsabilidad civil que se le impuso en la sentencia definitiva, ya que fueron dos condenas en materias diferentes (penal y civil), entonces en cada caso concreto habrá que analizar por qué no se ha cumplido esa otra parte de lo que la sentencia condenó en materia civil, es así que esta primera parte de la norma no representa mayores problemas interpretativos, al menos en el presente caso.

4).- Ahora bien, en cuanto a la segunda parte de la norma que dice: **"""esta se extingue conforme a leyes civiles"""** (Sic), esta Cámara considera que dicha norma puede interpretarse al menos de dos maneras diferentes, **la primera** de ellas, es que siempre será el juez de tránsito el que conozca de todas las incidencias del proceso, incluyendo la extinción de la responsabilidad civil, con el único cuidado que lo haga invocando **las leyes civiles;** y **la segunda** interpretación que podría dársele, es que el juez de tránsito se declare incompetente y lo remita a un juez de lo civil, para que sea él quien resuelva con base a las leyes civiles.

5).- Al respecto, esta Cámara considera que de todas las formas de interpretación que puedan existir, (interpretación literal o gramatical, extensiva, restrictiva, teleológica, histórica, etc.), las normas no pueden interpretarse aisladamente, sino en su conjunto y bajo una heterointegración, primero conforme a la Constitución como se indicó anteriormente, y luego con base a las demás leyes. En ese sentido, el Art. 5 de la LPESAT, es claro en regular que ambas acciones **se tramitan conjuntamente,** ello implica que el proceso no sólo se inicia conjuntamente con la acción penal **y civil,** ante el juez de tránsito, sino que se tramita, se juzga y se emite sentencia definitiva, agotando todo el trámite respectivo; de la misma manera el Art. 147 CP, debe analizarse en forma integral con el citado Art. 5 de la LPESAT, ya que si la intención del legislador hubiera sido que **solo el inicio,** o hasta determinada etapa del proceso, conozca el juez de tránsito en materia civil, así lo hubiese expresado en la norma, regulando en su caso, que debía declararse incompetente y remitírselo al juez de lo civil correspondiente; pero eso no es lo que está dispuesto en la norma, aunado a ello el Art. 147 CP, es claro al decir que se hará tal extinción de la responsabilidad en base a **"leyes civiles",** no dice que un juez de lo civil lo hará, entonces es al juez de tránsito, a quien el legislador le ha dado excepcional competencia, para conocer de la acción civil derivada de un accidente de tránsito, y es éste el que debe utilizar las leyes civiles, para extinguir la responsabilidad civil, pues no existe disposición que exprese, que el juez de tránsito deba declararse incompetente, para resolver sobre la extinción de la responsabilidad civil, de la cual sentenció y ejecutó, o que las partes deban tramitarlo en la competencia civil. Veáse que así como un juez de sentencia invoca leyes penales y civiles al momento de dictarse sentencia **en su materia**, así un **juez de tránsito**, también puede invocarlos de la misma forma, para los mismos efectos, entre ellas la extinción de la responsabilidad civil.

6).- Ahora en el presente caso, el señor Juez Primero de Tránsito de esta ciudad, tramitó el proceso, como se indicó anteriormente y dictó la sentencia definitiva condenatoria, sino, que también declaró ejecutoriada dicha sentencia,

y la pasó a la autoridad de cosa juzgada; sin embargo, hemos de advertir que ninguna de las partes impugnó alguna de éstas decisiones -por falta de competencia-, por lo que invocar en este momento la falta de competencia del señor Juez Primero de Tránsito de esta ciudad, única y exclusivamente en lo referente a que él no puede dar por extinguida la responsabilidad civil, o en su caso la prescripción de la responsabilidad civil, no es una interpretación que respete el principio de seguridad jurídica, al no existir alguna norma que respalde tal postura, pues en ningún momento el Art. 147 CP, dice que no será el juez de tránsito, lo que dice, que lo hará con base a las leyes civiles, que es muy diferente, por lo que sería una interpretación forzada y contraria a lo que la ley ordena al sostener que lo que allí dice es que sea un juez de lo civil, quien lo haga; en consecuencia, la interoperación que propone el señor fiscal licenciado [...], no es jurídicamente la correcta.

7).- Bajo este contexto, el señor Juez Primero de Tránsito de esta ciudad, respetó lo que el Art. 147 CP, ordena, pues en su resolución ha relacionado las leyes civiles, en tanto que el fundamento de su proveído es que se ha basado en disposiciones del Código Civil, principalmente en el título relativo a la prescripción, como son los Arts. 2253 y 2254 ambos del CC, así como también dicha resolución cumple con el plazo requerido para poder dictarse la prescripción, estableciéndose así el requisito de temporalidad exigido por la ley, es por ello, que considerando los motivos expuestos en la presente, esta Cámara debe de confirmar la resolución proveída por el señor Juez Primero de Tránsito de esta ciudad, en la que declaró, EN LO APLICABLE AL CASO, LA PRESCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, por estar dictada conforme a derecho corresponde." *Cámara Mixta de Tránsito y de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, número de referencia: INC-7-2018-PN-1, fecha de la resolución: 10/07/2018*

OBLIGACIÓN DEL QUERELLANTE DE PROBAR O APORTAR ELEMENTOS DE CONVICCIÓN QUE PERMITAN AL JUZGADOR ACREDITAR Y CUANTIFICAR EL DAÑO CAUSADO

"En cuanto al punto de apelación de la parte querellante, la misma se refiere a que el señor Juez no motivó la sentencia en lo que corresponde a la responsabilidad civil, específicamente no fundamenta su decisión de otorgar […] a la ofendida como indemnización de daños morales y no decidió pronunciarse respecto a la responsabilidad civil de daños emergentes y lucro cesantes cuando tenía prueba para hacerlo.

Al respecto es necesario señalar que la responsabilidad civil es parte de la sentencia definitiva de acuerdo al Art. 399 Pr. Pn., por lo tanto, el Juez Sentenciador tiene el deber igualmente de fundamentarlo acorde al Art 144 Pr. Pn., es decir, deben expresarse las razones que le han llevado a adoptar una determinada decisión, con respecto a la responsabilidad civil.

Tomando en cuenta lo antes dicho, cabe mencionar que el ejercicio de la acción civil se hace de manera conjunta con la acción penal pública y es el Fiscal quien ejercerá la acción civil, salvo que la víctima u ofendido del delito se haya constituido en parte querellante, en cuyo caso se ha de entender además de la acción penal también ejerce la acción civil, salvo renuncia expresa; esto nos indica que el Juez sólo ha de pronunciarse sobre la reparación del daño, cuando

se ha ejercido de manera efectiva la acción civil; pues hay que entender que no es posible un pronunciamiento oficioso. De ahí que le corresponde a la parte querellante en el presente proceso, la obligación de probar o aportar elementos de convicción que permita al Juez acreditar y cuantificar el daño causado.

Este razonamiento que es acorde a lo regulado en el Art. 399 inc. 2 Pr. Pn. el cual prescribe ”””” 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 la personas obligadas a satisfacerlos y quien deberá percibirlos.”””””

Así mismo y específicamente en cuanto al daño moral, los Arts. 11 y 12 de la Ley de Reparación por Daño Moral (LRDM) señalan que quien alegue reparación por daño moral tiene la carga de la prueba, debiendo probarse usando todos los medios de prueba de carácter licito que sean idóneos y pertinentes; pero así como se obliga a la parte a probar el daño moral también obliga al juzgador, una vez acreditar este daño, a repararlo con las medidas eficaces para tal fin reparatorio, de acuerdo a las circunstancias del caso, fijando el monto económico de indemnización atendiendo a criterios de equidad y razonabilidad y tomando en cuenta las condiciones personales del afectado y del responsable, así como las circunstancias del caso y especialmente la gravedad del hecho y de la culpa (Art. 13 y 15 LRDM).

Lo anterior va encaminado a que la parte procesal a quien le corresponde ejercer la acción civil dentro de proceso penal no se conforme con hacer una simple petición con respecto a la acción civil, sino y por el contrario tiene que proporcionar datos concretos y objetivos existentes en el proceso para un pronunciamiento en cuanto al monto de la responsabilidad civil, de lo contrario y a falta de elementos probatorios suficientes, bastará con que el Juzgador declare la responsabilidad civil en abstracto para que sean los Juzgados que conocen en materia civil los encargados en cuantificar los montos a pagar de parte del civilmente responsable.”

CONFORME A LOS CRITERIOS DE EQUIDAD Y RAZONABILIDAD ES OBLIGACIÓN DEL JUZGADOR MOTIVAR LA SENTENCIA, TANTO EN LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL COMO CIVIL

“Esto es en virtud del Art. 399 inciso 3 Pr. Pn., que prescribe: ”””””””””””””””” Cuando los elementos de prueba referidos a la responsabilidad civil no permitan establecer con certeza los montos de las cuestiones reclamadas, como consecuencia 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.”””””””””””””””””””””””

Por lo tanto y según lo antes expuesto, tenemos que al estudiar la sentencia, específicamente en cuanto a la responsabilidad civil, por ser el punto de agravio de la parte apelante, tenemos que el señor Juez argumentó lo siguiente :”””””””” ……..

Los Arts. 114 y 115 del Código Penal y 42 y sig. Del Código Penal, comprenden en el presente caso la reparación del daño causado, la indemnización de las víctimas por los perjuicios causados por daños materiales o morales y habiéndo-

se determinado en el desarrollo de la Vista Pública por los perjuicios causados por daños materiales o morales y habiéndose determinado en el desarrollo de la Vista pública tal responsabilidad es consecuente condenar a los imputados […] a indemnizar a los ofendidos a pagar cada uno de los acusados la cantidad de […] en concepto de indemnización por los perjuicios morales y psicológicos producidos , por el delito de Homicidio Culposo en perjuicio de la vida de […], lo anterior por considerarse que aun y cuando este monto es simbólico, pues realmente no viene a resarcir los daños morales y psicológicos ocasionados por los agentes agresores, si se hace necesario tal pronunciamiento a fin de paliar la lesión del bien jurídico e indemnización a los ofendidos de los perjuicios psicológicos y morales como consecuencia de tales acciones delictivas.

Para este Juzgador el informe análisis y proyección del monto de pensión emitido por el Ingeniero […] sobre el daño cesante es insuficiente ya que no se ofertó otra prueba periférica como es, documentos sobre el negocio del occiso, constancia del occiso de dar clases y sobre el daño emergente no se ofreció prueba como podría ser gastos médicos y gastos funerarios en virtud de lo anterior se deja expedito el derecho a los ofendido de incoar la responsabilidad civil por los daños cesantes y emergentes del Tribunal Civil Competente……"""""""""""""""""""

Al respecto esta Cámara advierte que si bien el Juez sentenciador condena a los imputados por una cantidad de quinientos dólares a cada uno por responsabilidad civil, específicamente por daños morales y psicológicos causados, el sentenciador es deficiente en su fundamento en cuanto a motivar el por qué dicho monto era suficiente para satisfacer los perjuicios morales causados y no otro como por ejemplo el monto solicitado por la Querella.

Caber aclarar que el Juzgador tiene la obligaciones de motivar la sentencia, tanto en la responsabilidad penal (fundamentos tanto de su culpabilidad como de la pena a imponer) como de la responsabilidad civil (que incluye tanto la acreditación de esta responsabilidad en sus dos vertientes moral y patrimonial así como la obligación de motivar el monto a indemnizar) y que si bien se reconoce la dificultad que existe para poner un valor a un perjuicio de carácter moral, este no es excusa para el juzgador para faltar a su obligación de fundamentar la sentencia; en ese sentido la LRDM en su art. 15 ayuda a los operadores de justica a tener en cuenta ciertos criterios para establecer un monto al perjuicio de carácter moral y que por lo tanto deben ser considerados por el juzgador en sus sentencia de indemnización por daños de esta índole; el monto de la reparación debe antender a criterios de equidad y razonabilidad, lo que se logra tomando en cuenta las condiciones personales del afectado y del responsable, así como las circunstancias del caso y especialmente a la gravedad del hecho y de la culpa, elementos que el sentenciador en el presente caso no ha valorado ni razonado."

PROCEDE DECLARAR LA NULIDAD DE LA SENTENCIA CONDENATORIA, ASÍ COMO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

"En cuanto al lucro cesante el señor Juez A Quo señala que la prueba consistente en el informe de análisis y proyección de monto de pensión emitido por el Ingeniero […] es insuficiente porque no se ofertó prueba periférica que la sostuviera; sobre ello esta Cámara considera que el fundamento del A Quo es

insuficiente y erróneo ya que no debe de desacreditar una pretensión por los elementos que una parte no presentó o debió de presentar, sino que el juzgador tiene que valorar si con la prueba presentada es suficiente o no para estimar su pretensión y en el presente caso el Juzgador no explica porque el informe del Ingeniero […] no es apto para acreditar el lucro cesante alegado sino que solamente se sustenta en una prueba inexistente que el querellante debió presentar.

Por último el Juez descarto el daño emergente por cuanto no se ofertó prueba como podría ser gastos médicos y gastos funerarios; sin embargo y de la lectura del proceso esta Cámara observa que se encuentra […] una constancia presentada por la parte querellante apelante de los gastos de servicios fúnebres de la víctima y sin que el sentenciador explique porque estos no fueron valorados.

En atención a lo expresado ut supra esta Cámara no observa verdaderamente una fundamentación probatoria intelectiva, en cuanto a la responsabilidad civil, teniendo como consecuencia un vicio en la sentencia, específicamente el defecto número 4 del Art. 400 CPP, como lo es la falta de fundamentación en lo referente a la responsabilidad civil, cuya sanción procesal consiste en la declaratoria de nulidad, por ordenarlo así el Art. 144 inciso final Pr. Pn.; pues, además de lesionar al derecho de Defensa con su omisión, la fundamentación constituye la base sobre la que se harán descansar todas las calificaciones y posibles consecuencias jurídicas derivadas del supuesto fáctico objeto del proceso.

2) en cuanto al recurso de apelación de la Defensora Pública Licenciada […] presenta como primer punto de apelación que no ha existido una verdadera fundamentación de la sentencia y que inicialmente realiza la adecuación de las pruebas en referencia a la existencia del delito y la participación los acusados transcribiendo lo manifestado por cada testigo , la prueba documental y pericial transcribiendo lo que fiscalía y querella pretendía probar pero no realiza un análisis sobre la forma en que ha sido valorada cada prueba y la fundamentación de la sentencia en base al análisis de la prueba en su conjunto y los motivos por los cuales se llevaron a un estado de certeza.

Remitiéndonos a la sentencia de mérito, se advierte que el señor Juez sentenciador, comienza expresando la Fundamentación descriptiva, es decir una relación de todos los elementos de prueba admitidos para el juicio, tal como consta […] de la referida sentencia. Posteriormente, […] la sentencia se observa el acápite “ANALISIS DE LA EXISTENCIA DEL DELITO” sin embargo del desarrollo de la misma, únicamente se observa, que nuevamente se relaciona toda la prueba desfilada en el juicio; lo mismo sucedo dentro del acápite “ANALISIS DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS ACUSADOS” que se encuentra desde la pagina 88 ; posterior a ello el señor Juez prosigue con los “ FUNDAMNTACION JURIDICA” en el cual concluye que los encausados cometieron el delito de Homicidio Culposo pero no explica cómo o de qué manera fue el proceso intelectivo para llegar a esa conclusión.

En ese orden, del examen del conjunto de razonamientos que componen la motivación intelectiva y fáctica de la sentencia, se determina la inobservancia a la obligación de valorar correcta y motivadamente las pruebas aludidas, en la forma que lo prescribe el Art. 144 Pr. Pn., puesto que por un lado existe en ella, en demasía, una reiteración del contenido de la prueba, sin motivar suficientemente las conclusiones y por otra parte, la existencia de juicios no derivados de la prue-

ba inmediada, lo que afecta de forma directa la validez del pronunciamiento, debido a que el fallo debe formar una unidad de coherencia lógica entre la prueba aportada y el razonamiento del Juez sobre ella, que no puede contradecirse en ninguno de sus apartados.

De lo anterior se entiende que el señor Juez sentenciador no realizó una fundamentación intelectiva de la prueba de cargo y descargo, es decir, que no ha justificado su decisión de condena en contra del imputado enjuiciado, apoyándose en toda la prueba que relaciona en la fundamentación descriptiva de su sentencia y no hizo una confrontación y valoración en conjunto de todos estos elementos probatorios, tanto los de cargo como los de descargo que se introdujeron al juicio y tampoco ha establecido los hechos acreditados, limitándose nuevamente a relacionar únicamente los elementos probatorios.

4- Por lo tanto y para el caso de autos, al haberse omitido tal requisito, se ha causado una inseguridad jurídica, por lo que la omisión efectuada en virtud del Art. 144 in fine Pr. Pn., deberá ser sancionada con nulidad, misma que se concibe como un remedio para preservar la legalidad del proceso y como una garantía límite que equivale a la sanción que la ley aplica al acto procesal defectuoso.

En ese orden y sobre la base de lo expuesto y advirtiendo el vicio de la falta de fundamentación y motivación en la presente sentencia recurrida, su consecuencia es la nulidad de la misma; por lo que esta Cámara considera pertinente declarar la nulidad de la sentencia […], de acuerdo a lo dispuesto en los Arts. 144 y 346 Nº 7 último inciso, ambos Pr. Pn.

En ese sentido, el Art. 475 inciso 2° parte final CPP dispone que cuando la nulidad de la sentencia se declare por falta de fundamentación, la reposición corresponderá al Juez o Tribunal que dictó la decisión invalidada y en este caso ha de ser realizada por el señor Juez de Sentencia Propietaria de San Vicente, Licenciado […], quien llevaba la dirección de este proceso y quien dictó esta sentencia, por lo que no se requiere volver a realizar la Audiencia de Vista Pública, debiendo ser elaborada únicamente la nueva sentencia tomando en cuenta los requisitos de los Arts. 144 y 399 Pr. Pn., con observación también del Art. 400 del mismo cuerpo legal tanto para la responsabilidad penal y civil.

Por último se deja constancia que esta sentencia se resuelve hasta esta fecha por el número de apelaciones presentadas y por lo voluminoso que es el proceso."

Cámara de la Tercera Sección del Centro, número de referencia: P-370-PC-SENT-2017-CPPV, fecha de la resolución: 26/01/2018

ROBO DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES

ESCASA IDENTIFICACIÓN NOMINAL QUE BRINDÓ EL TESTIGO EN EL JUICIO ORAL NO ES DECISIVA COMO PARA DUDAR DE LA IDENTIDAD DEL IMPUTADO

"1. El primer punto de apelación se encuentra referido a la insuficiente identificación del encartado, entendido el término "identificar" como: "Reconocer si una persona o cosa es la misma que se supone o busca."

Lo anterior, significa que la identificación está referida a comprobar. (*Así lo entiende también la Sala de lo Penal, en Sentencias tales como las dictadas en*

los incidentes 324-CAS-2005 y 120-CAS-2007.) Además, es importante apuntar que en el proceso penal se habla de "identificación nominal o formal" y la "identificación física". La primera consiste en obtener el verdadero nombre y apellido del imputado, así como el resto de sus datos personales que lo ubiquen en el medio social. La segunda, en cambio, exige que la persona que interviene en el proceso con la calidad de incoado debe ser idénticamente la misma, contra la que se dirige la imputación y no otra. En otras palabras, en el último de los casos, nos referimos a la coincidencia material del perseguido penalmente con el sujeto que interviene en el proceso como indiciado.

El Código Procesal Penal, entre otros mecanismos, para lograr la identificación de un imputado, en los Arts. 253 al 257 y 279, contempla la posibilidad de practicar el reconocimiento en rueda de personas y / o el reconocimiento por fotografía; sin embargo, la práctica de uno u otro no es antojadiza.

Así, el reconocimiento en rueda de personas, supone que la persona a identificar esté presente, lo que no significa que esté detenido, pues bien puede encontrarse en libertad y ser citado a fin de que comparezca voluntariamente o negarse a hacerlo y ser compelido a comparecer, incluso utilizando la fuerza pública, de ser necesario. Una nota característica de la procedencia de este reconocimiento, es la existencia de duda o incertidumbre acerca de la identidad de la persona a quien se atribuye el delito investigado, a los efectos de identificarla o establecer que quien la menciona o alude efectivamente la conoce o la ha visto, Art. 253 Inc.1° Pr. Pn.

En el presente caso, se alega que el testigo protegido no menciona ningún dato que establezca que se ha logrado identificar al imputado, por cuanto no se cuenta con un señalamiento claro, por lo que el imputado no está suficientemente identificado como para tener la certeza de que en efecto participó en el hecho que se le atribuye.

Al respecto, este Tribunal al dar lectura a la sentencia impugnada observa que el testigo clave "Mayo" dijo: *"""""……estoy acá por el robo de un vehículo, el día veinticinco de abril, era un camioncito Kia (…), fue en carretera a ********** [,] yendo a San Salvador, en **********, yo había parado ahí porque el jefe de la empresa me dijo que tenía que llevar una encomienda a San Salvador y que lo esperara, solo me detuve, a mi lateral se paró un carro y se bajaron dos sujetos (…) se dirigió uno al lado del conductor y el otro al otro lado, el sujeto me dijo que me hiciera al asiento de en medio [,] yo solo obedecí la orden (…) y él tomó el volante, llegamos a la altura de ********** y me bajaron en un monte, estuve tres horas (…) ahí me tuvieron los dos sujetos, los mismos que me quitaron el Kia, desconozco que hicieron con el vehículo (…) el sujeto que condujo era piel morena, aproximadamente de un metro sesenta centímetros, de unos treinta y cinco años de edad (…) lo he visto cuatro veces, la primera vez el veinticinco de Abril, donde sucedieron los hechos, la segunda el 17 de Mayo en la delegación donde me lo mostraron en una foto unos agentes, la tercera vez me lo mostraron en seis (…) fotos, la última vez lo vi en el penal (…)"""""""""""""""*

Además, se observa que la señora Juez A Quo, realizó el análisis siguiente: *"""""""""""La diligencia de reconocimiento de personas [,] practicado con la colaboración del testigo clave Mayo, donde la víctima en efecto reconoce al sujeto que el día veinticinco de Abril lo había interceptado, sujeto que en efecto fue*

reconocido por la víctima, dicha diligencia fue realizada en el centro preventivo de Jucuapa Hombres, donde se llevó a cabo dicho reconocimiento en fila de personas del encartado [...].""""""""""""""

De lo anterior, concluimos que el testigo clave "Mayo" se refirió a dos personas, quienes afirma fueron los que le quitaron el vehículo, siendo uno de esos sujetos a quien asegura haber visto cuatro veces, la primera, el día de los hechos, la segunda, en la delegación, la tercera, cuando se lo mostraron en seis fotografías y la última vez, asevera haberlo visto en un Centro Penal, no recordando en ese momento el nombre; sin embargo, a pesar de la escasa identificación nominal que brindó dicho testigo en el Juicio Oral, la misma no es decisiva como para dudar que el sujeto que tomó el volante, es en efecto el imputado [...], por lo que, la valoración está autorizada, acorde a lo que hemos expuesto en líneas atrás, pues - además - fue confirmado por el testigo con quien se realizó el reconocimiento en fila de personas, como también lo destacó la Juzgadora. En otras palabras, no existe el primer vicio admitido y ahora estudiado."

EL LEGISLADOR AL ESTABLECER EN EL TIPO PENAL LA VIOLENCIA COMO MEDIO PARA COMETER EL ILÍCITO, NO DISTINGUE QUE DEBE SER DE UNA FORMA ESPECIFICA

"2. En ese orden, quien recurre, además, alega la errónea interpretación del Art. 214-F Pn., porque la señora Juez A Quo no estableció la forma en que ocurrió el hecho, determinando cual fue la violencia empleada y el uso de armas y amenazas.

Al respecto, es de tomar en cuenta los hechos acreditados en la sentencia y por los cuales fue condenado el imputado. Así, se tuvo por hechos probados que la víctima fue interceptada por un vehículo, del cual se bajó el imputado junto con otro sujeto portando armas de fuego en las manos, quienes sometieron a la víctima y lo pasaron en medio de la cabina del vehículo en que se conducía y donde trasportaba mercadería consistente en huevos, propiedad de la Sociedad Avícola Santa Clara, por lo que el imputado tomó el volante y se llevaron a la víctima privada de libertad y lo introdujeron a una zona con matorrales, donde lo mantuvieron aproximadamente tres horas y luego lo liberaron, desconociendo la víctima qué pasó con el camión junto con la mercadería.

Cabe tomar en cuenta la descripción de los elementos del tipo penal de Robo de Vehículos Automotores, en el Art. 214 – F - Pn. *"""""""""" El que se apoderare ilegítimamente de un vehículo automotor ajeno, total o parcialmente con violencia en las personas, sea que la fuerza o violencia tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para lograr el fin propuesto o la impunidad, será sancionado con pena de prisión de diez a catorce años.""""""""""*

Nótese que el legislador al establecer la violencia como medio previsto para cometer el robo no distingue a qué tipo de violencia se refiere, significa que cualquier tipo de violencia podría ser utilizada para cometer el robo (física o psíquica) y sus efectos podrían incluso sobrepasar los límites de la mera intimidación para lograr la sustracción o el fin propuesto.

De lo anterior y de lo acreditado en la sentencia, puede afirmarse que el hecho de que los sujetos fueran armados y la víctima fuera sometida, como requisito necesario para llevar a cabo el robo, pues la acción de mantener a la víctima tres horas en unos matorrales, en realidad es el método de violencia empleado utilizado para realizar el delito de robo del vehículo.

En ese orden, resueltos los motivos admitidos y sin que quepa darle la razón al recurrente, lo procedente es confirmar la sentencia recurrida."

Cámara de la Tercera Sección del Centro, número de referencia: P-321-PC-SENT-2018-CPPV, fecha de la resolución: 04/12/2018

SANA CRÍTICA

VICIOS DE LA SENTENCIA QUE VIOLENTAN LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

"1.- De acuerdo a lo argumentado por el fiscal recurrente, se tiene que el punto a dilucidar es si se han violentado las reglas de la sana crítica y específicamente la violación a las Reglas de la Lógica y el Principio de Razón Suficiente; por cuanto el juez sostuvo que la prueba de cargo es insuficiente para probar la participación del imputado en la comisión del delito, y el apelante, sostiene que existe evidencia incontrovertible de carácter testimonial y documental directa y susceptible de ser valorada como generadora del quebrantamiento de la presunción de inocencia. Alegó además falta de fundamentación de la decisión.

2.- Sobre el vicio de falta de fundamentación deberá señalarse lo siguiente: la sentencia se considerará insuficiente en su fundamentación, cuando el juzgador aunque haya realizado el proceso mental para valorar los medios probatorios producidos en el plenario, tal razonamiento no ha sido plasmado en su decisión de manera suficiente respecto de un punto específico determinado; es decir, no se expresa la razón de su estimación o acreditación. Este defecto o vicio de la sentencia comprende dos aspectos: a) Que el sentenciador no consigne de forma completa, íntegra o con la certeza suficiente, sus argumentos en que basa el proveído; y b) 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.

3.- En lo que atañe a los requisitos de la motivación de la sentencia, esta debe ser sea expresa, clara, completa y lógica. Expresa, porque el juez no puede reemplazarla por una remisión a otros actos, o documentos que consten en el expediente judicial, o sustituirla por una mención genérica de la prueba incorporada; clara, porque el razonamiento tiene que estar claramente fijado, en otras palabras, que pueda ser comprendido fácilmente; completa, al resolver todas las cuestiones sustantivas del juicio,; es decir, corresponde valorar todas las pruebas y proveer su conclusión sobre el hecho comprobado, y lógica, al observarse las reglas del correcto entendimiento humano, respetando los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente, pero en un sentido jurídico, es decir adaptado a la valoración de la prueba."

"**6.-** En ese orden de ideas, la fundamentación analítica o intelectiva de la sentencia, realizada por el juez sentenciador; reúne los requerimientos necesarios, en cuanto a la descripción de la prueba desfilada y la apreciación del valor

probatorio de estos, debiendo diferenciarse por un lado, que la completitud de la fundamentación de la sentencia no siempre se corresponderá con una correcta aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba, pues en la primera se exige al juez que la sentencia contenga los aspectos esenciales que se han señalado; es decir, que en ella se plasme la fundamentación descriptiva, la fáctica, la analítica o intelectiva y la jurídica; como efectivamente se ha hecho. Por ello el vicio de falta de fundamentación se desestima."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-271-SDA-2018, fecha de la resolución: 31/10/2018

SISTEMA ACUSATORIO MIXTO

LA AFIRMACIÓN DE LA CULPABILIDAD REQUIERE PRUEBA PLENA, TOTAL Y COMPLETA, EN CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

"12.- Dicho lo anterior, se hace necesario examinar un punto importante, respecto al modelo de Juicio Acusatorio Mitigado con Tendencia Adversativo, que orienta el Código Procesal Penal, en términos generales, pues bien, en estos modelos las partes son adversarias y enfrentan cada cual su propia teoría del caso, pudiendo cada quien ofrecer la prueba necesaria que sustente de mejor manera su hipótesis tanto fáctica como jurídica.

13.- Lo anterior es importante recalcarlo, puesto que le corresponde a cada parte, impugnar y desacreditar la tesis contraria, lo cual incumbe también al ámbito de la persuasión de la prueba ofrecida, tanto la de cargo como la de descargo, y es esa actividad de carácter probatorio –ajena al Juez que solo la valora- la que determinará cuál de ellas, tiene credibilidad, cuál de ellas cede, o sí, mantienen un nivel de paridad, en este último caso, ninguno de los adversarios del litigio penal ha podido ser preponderante en la acreditación de su hipótesis fáctica y jurídica, y cuando se está en tal dimensión, la ley señala la consecuencia que genera para el juicio el estado de duda respecto del Juez, lo cual se deriva directamente de la garantía constitucional de la presunción de inocencia.

14.- Por ello, debe enfatizarse, que solo se pronunciará sentencia condenatoria cuando en el proceso exista prueba suficiente que demuestre sin dejar duda, la existencia del hecho punible y la certeza de la verdad sobre la participación y culpabilidad del imputado en el hecho punible. Así se ha dicho sobre el punto: "[…] Esta máxima deriva del principio de inocencia […]que le proporciona su justificación político-jurídica, pues solo en virtud de él se puede admitir que la duda, en lugar de perjudicar al imputado, lo beneficie […] Si no se consiguiere llegar a la certeza, corresponderá la absolución; no solo frente a la duda en sentido estricto, sino también cuando haya probabilidad sobre la responsabilidad penal del imputado [...]" [José I. Cafferata Nores "La Prueba en el Proceso Penal.5ª edición. Lexis Nexis. Argentina. 2003 págs. 12 a 13].

15.- Por ello, habrá de señalarse que el juicio como forma de contradicción, supone que las partes en contienda –acusador y defensa– presenten pruebas que hagan prevalecer su teoría de caso, por una parte, haciendo aparecer más razonable los hechos y circunstancias afirmados por ello, y minando y en alguna medida sustantiva restando credibilidad a los hechos objeto de prueba de la con-

traparte; de no aparecer categóricamente este aspecto, sobre todo la parte que acusa, la paridad de las pruebas de cargo y descargo significaran la prevalencia de la presunción de inocencia, puesto que la prueba de la acusación no pudo más allá de duda razonable, quebrantar dicho estatus jurídico de la persona acusada, y ello, porque su prueba de cargo, no pudo ser superior en razones a la prueba de defensa.

16.- Hay un aspecto metodológico del juicio y su resultado que conviene resaltar, cuando los hechos y circunstancias probadas, no han podido uno respecto de la otra sobreponerse en credibilidad, y se mantienen con grado razonable, ambos aspectos, ello se ve influido por la garantía de presunción de inocencia, la carga de la prueba para el acusador, que debe sobrepasar la duda, en otras palabras, aventajar a la prueba de descargo, si ello no sucede, si la prueba de cargo, no destruye o desmejora a la prueba de descargo, no puede haber condena, por la impronta de la presunción de inocencia, la cual excepciona en materia de valoración al principio de no contradicción y tercero excluido, que como se señaló siendo principios de lógica formal, habrán de resultar adaptados al contexto jurídico de valoración de la prueba, y de los principios constitucionales que rigen el proceso."

AL CONCURRIR PRUEBA DE CARGO Y DESCARGO DEBE NECESARIAMENTE IMPONERSE UNA SOBRE LA OTRA, PARA SOSTENER MOTIVADAMENTE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

"17.- Por ello, derivado del juicio, si las pruebas, señalan circunstancias diferentes y aun contradictorias, es decir sustantivamente excluyente en lo que se afirma y niega, esa contradicción, no vuelve irrazonable el razonamiento del juez, ante la afirmación de hechos aparentemente contrarios, puesto que las pruebas sometidas a su conocimiento por el método de la confrontación de los adversarios –acusador y defensa– pueda ser que alcance un nivel de igualdad, sin que la una pueda prevalecer sobre la otra, y en tal caso, cuando concurra esa simetría de las pruebas contrarias, se impondrá el mandato de que en la duda deberá absolverse al acusado, por ello, la prueba valorada sobre este método no significa medrar las reglas de la sana critica, pues los hechos deben ser apreciados según una razonabilidad no estrictamente formal, sino ajustada a los principios del debate, teniéndose en cuenta que en el intelecto del juez pueden haber no solo juicios conclusivos de certeza, sino penumbras de duda, que cuando han sido satisfactoriamente valorados y explicados, imponen un razonamiento aceptable.

18.- Lo cierto, es que cuando la prueba no alcanza una certeza en la conciencia del juez, después de valorar las pruebas en su conjunto y sopesarlas en sus méritos, no resultaría ajustado a la presunción de inocencia, condenar a una persona, respecto de la cual, ha concurrido prueba de cargo y descargo, sin que ninguna de ellas, pueda imponerse sobre la otra, por cuanto, la afirmación de la culpabilidad requiere prueba plena, total y completa de ella, si hay duda la presunción de inocencia se impone tal como la mandata al artículo 6 del Código Procesal Penal al decir: "En caso de duda, el juez considerará lo más favorable al imputado".

19.- Y en un sentido más vinculante la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho sobre la presunción de inocencia y el estándar de prueba exigido para una condena: "[…] El principio de presunción de inocencia que según ha determinado la Corte constituye un fundamento de las garantías judiciales, implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba está a cargo de quien acusa, y no del acusado, y cualquier duda debe de ser usada en beneficio del acusado. La demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal". [Caso Norin Catrimán y otros vs Chile. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 29 de mayo de 2014 párrafo 171]."

"24.- Dicho lo anterior, resulta que, si las pruebas controvertidas por las partes adversarias, no han tenido predominio decisivo una sobre la otra, y que ambas permanecen afirmadas, sin ser razonablemente impugnadas, y desacreditadas, la consecuencia de ello, es que el estándar de prueba total, no genere en el juez la convicción de certeza requerida para la condena, puesto que el juez no está obligado a ultranza a estimar desacreditada una de las tesis –y pruebas- de la parte adversaria, cuando ésta no ha sido capaz de generar esa situación de pérdida de convencimiento sobre la prueba de su oponente.

25.- En consecuencia, resulta con fundamento la duda razonable sostenida por el Juez Sentenciador, y como procedente de ello, la absolución por mandato expreso del indubio pro reo –Art. 6 Pr. Pn.,- el cual deriva directamente de la presunción de inocencia constitucional –Art. 12 Cn- y reconocida en los Arts. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo por ello procedente desestimar el vicio alegado, porque la valoración de la prueba del juez sentenciador se encuentra conforme a derecho, por lo cual, habrá de confirmarse tal pronunciamiento."

LOS TESTIGOS PROTEGIDOS EXIGEN UN ESTÁNDAR DE PRUEBA CALIFICADO

"20.- También en dicha sentencia citada –y en otra– se ha hecho relación a que en los procesos con testigos protegidos como en este caso, declaraciones solo testimoniales de clave "Brasil" y "Alianza", se requiere un estándar de prueba calificado, que permita dotar de certeza a las declaraciones, es decir, se requiere un parámetro acertado de corroboración sustantiva que acredite verdaderamente los hechos, lo cual, en este caso, es todavía más exigente, puesto que se trata de meros delitos formales, de resoluciones manifestadas, uno como proposición de homicidio y el otro de amenazas, por lo cual, la corroboración de la información de los declarantes es necesaria para afirmar una prueba conclusiva sobre la culpabilidad del justiciable.

21.- Ello, no ha acontecido en el juicio, puesto que como prueba básicamente solo se tiene las declaraciones de las personas con clave de protección "Brasil" y "Alianza", sin que se tenga un parámetro de corroboración objetivo de sus afirmaciones, y por el contrario, se tiene prueba de descargo que indica hechos y circunstancias diferentes, lo cual, confronta la prueba de cargo, sin que se pueda alcanzarse una preponderancia una respecto de la otra, por ello, se requiere que cuando se trate de testigos protegidos o con reserva la prueba alcance un

parámetro de plenitud tal, que sea especialmente relevante para vencer la presunción de inocencia.

22.- En ella Pollo Rivera vs. Venezuela se dijo: "Al respecto la Corte ha considerado que la reserva de identidad del testigo limita el ejercicio de este derecho puesto que impide a la defensa realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada. A la vez, el deber estatal de garantizar los derechos a la vida, integridad, libertad y seguridad personales de quienes declararan en el proceso penal, puede justificar la adopción de medidas de protección. Por ello, deben analizarse si la afectación del derecho de defensa del imputado derivada de la utilización de la medida de reserva de identidad de testigos, estuvo suficientemente contrarrestada por medidas de contrapeso, tales como las siguientes: a] la autoridad judicial debe conocer la identidad del testigo de observar su comportamiento durante el interrogatorio con el objeto de que pueda formar su propia impresión sobre la confiabilidad del testigo y su declaración; y b] debe concederse a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso sobre cuestiones que no estén relacionadas con su identidad o paradero actual, con el objeto de que pueda apreciar el comportamiento del testigo bajo interrogatorio, de modo que pueda plantear dudas sobre la credibilidad o confiabilidad de su declaración. Incluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada únicamente en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada, lo cual dependerá de la existencia de otro tipo de pruebas que corrobore aquellas de tal forma que, a mayor prueba corroborativa, menor será el grado decisivo que el fallador otorga al testimonio de identidad reservada [Ref. Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 21 de octubre de 2016 párrafo 205].

23.- Habrá de señalarse como corolario de este punto, que no es prueba de corroboración suficiente, la declaración de un testigo protegido respecto de otro, puesto que ambos están en la misma situación, y no serían un parámetro razonable de medición aquellos que presentan la misma situación restrictiva para el derecho de defensa, de tal manera que, el parámetro corroborativo habrá de ser diferente a los testigos protegidos, para dotar de una suficiente medida de contrapeso el valor de las declaraciones brindadas por testigo con identidad reservada."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-271-SDA-2018, fecha de la resolución: 31/10/2018

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

AUTORIDADES JUDICIALES FACULTADAS PARA DECRETARLO

"Número 1: En aplicación al Art. 459 CPP., la competencia de esta Cámara se encuentra limitada a pronunciarse sobre los puntos de la resolución que se ha impugnado y que han sido alegados por el apelante en el escrito que contiene el recurso de apelación. En el presente caso la representación fiscal se ha alzado

en contra del sobreseimiento definitivo decretado a favor del procesado el día señalado para la realización de la vista pública, considerando el Ministerio Publico Fiscal, que dicho tribunal aplicó de manera errónea el Art. 350 CPP, obviando realizar la valoración de la prueba al no instalar la vista pública, siendo este el punto sobre el cual se pronunciara este tribunal de alzada.

Número 2: Doctrinariamente se establece que: *"el sobreseimiento es la resolución judicial emanada del órgano competente mediante la cual se pone fin al proceso, provisional o definitivamente, sin actuar el ius puniendi estatal"* (Gimeno Sendra, Derecho Procesal Penal, Madrid 1999, Pag. 564). Es común considerar además en la doctrina al sobreseimiento como un acto conclusivo que se dicta por regla general en audiencia preliminar al finalizar la etapa de instrucción, pues esta se considera la atapa preparatoria del proceso, que permite hacer un correcto uso de la acción penal, ya que sirve de filtro, evitando la realización de juicios inútiles e innecesarios que conllevarían a una carga excesiva de trabajo al órgano jurisdiccional y en especial a los jueces sentenciadores.

Número 3: Del reclamo realizado por la apelante cabe decir, que nuestro proceso penal se encuentra estructurado de tres fases o etapas: 1) La inicial, la cual está conferida al juez de paz, 2) La instructiva, que corresponde al juez de instrucción; y 3) La fase plenaria, que compete su conocimiento al tribunal de sentencia ya sea de manera unipersonal o colegiada. Dentro de estas etapas del proceso, se erige la posibilidad de poder poner fin al proceso de manera anticipada a través de la figura del sobreseimiento definitivo en determinados casos, así, el art. 350 inc. 2º CPP., faculta al juez de paz para poder decretarlo, el Art. 362 inc. 1 No. 2, lo establece como una de las resoluciones que el juez de instrucción puede dictar al finalizar la audiencia preliminar, en este caso también lo puede decretar de manera provisional, y en el caso de los tribunales de sentencia, si bien es cierto no existe disposición que de manera textual los faculte para decretarlo, el inciso 2º. del Art. 380 CPP., permite la posibilidad de dictar sobreseimiento definitivo en la etapa del juicio, esto es cuando de manera incidental, las partes aleguen cualquiera de las causales de extinción de la responsabilidad penal.

Número 4: Sobre la facultad de los tribunales de sentencia de dictar sobreseimiento definitivo, existe basta jurisprudencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, de la cual se pueden citar las sentencias con referencia 381 CAS-2005, 475-CAS-2005, 132CAS-2008 y 326-CAS-2004, en las cuales se establece de manera general, que la potestad del tribunal de sentencia de dictar sobreseimiento definitivo, no se encuentra vedada, pero que la misma se circunscribe a casos excepcionales en los que –por regla general- concurre una causal de extinción de la responsabilidad penal establecidas en el Art. 31 CPP., verbigracia la muerte del imputado, o bien el caso, o cuando el principal medio de prueba con el cual la parte acusadora –Ministerio público fiscal o Querella- pretende establecer la participación de una persona en el hecho acusado, es la prueba testimonial, exista imposibilidad de hacerlo comparecer a la audiencia de vista pública.

Número 5: Se debe apreciar el carácter extraordinario del dictado de un sobreseimiento definitivo por el tribunal de sentencia, ya que como se ha señalado, este se encuentra diseñado para ser decretado por regla general al finalizar la

etapa de instrucción, cuando concurran cualquiera de los supuestos regulados en el Art. 350 CPP., y en el supuesto regulado en el número dos de la citada disposición se establece como causal que permite el dictado de un sobreseimiento definitivo: "*Cuando no sea posible fundamentar la acusación y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba".*

Número 6: Debe decirse en este punto, que la posibilidad de fundamentar la acusación debe de verse no de un modo estático, sino que debe apreciarse de una manera dinámica, ya que la fundamentación de la acusación se realiza al finalizar la etapa instructiva, en la que, con en el dictamen de acusación la parte acusadora ofrece todos los medios de prueba con los que pretende establecer los extremos de su pretensión en el juicio, los cuales deberán ser valorados por el juez instructor en el desarrollo de la audiencia preliminar, y al ser estos medios de prueba suficientes para hacer transitar el proceso a la fase plenaria, el juez instructor deberá decretar auto de apertura a juicio; empero, si los medios probatorios ofertados, no son lo suficientemente robustos para fundamentar un dictamen acusatorio y aunado a eso no exista la posibilidad real de incorporar nuevos elementos de prueba, se vuelve imperioso sobreseer de manera definitiva al procesado."

PUEDE DECRETARSE POR FALTA DE PRUEBA FUNDAMENTAL PARA DEMOSTRAR LOS HECHOS SUSTANCIALES DE LA ACUSACIÓN

"Número 7: El problema respecto de la sostenibilidad del dictamen de acusación, se hace más evidente en el desarrollo de la vista pública, que es donde se produce -por regla general- la prueba, salvo excepciones como la prueba anticipada, la cual se reduce a la prueba de carácter testifical, que se incorpora al proceso por medio de lectura; ya que, no obstante haber considerado el juez instructor, que los elementos de prueba de cargo ofertados por el ente acusador, eran suficientes para fundamentar la acusación, la imposibilidad de su producción en el juicio independientemente de la causa que la produzca, definitivamente volverá difícil el sostener una acusación con la cual se pretenda obtener un fallo de condena por parte del tribunal sentenciador, es decir, no es lo mismo fundamentar un dictamen de acusación en la fase instructiva del proceso a sostenerla ya en la etapa del juicio, es por ello la fundamentación de la acusación debe entenderse dinámica y no estática, debido a la probabilidad de no sustentación de la misma en la fase plenaria.

Número 8: Dicho lo anterior, conviene recordar aquí, lo que la Sala de lo Penal ha manifestado respecto de la incomparecencia de testigos que ya no pueden ser objeto de real búsqueda y comparecencia al tribunal, en el sentido que la frustración de las vistas públicas generan retardo y demora para todos, haciendo ineficaz la administración de justicia, obviamente en aquellos casos en los cuales ya no es posible presentar al testigo y no se cuenta con otras pruebas suficientes, generaría solo una disipación de tiempo y recursos para el tribunal y para las mismas partes procesales; a estos efectos, debe además tenerse en cuenta, que los tribunales de sentencia no solo realizan vistas públicas, sino que además, después de finalizadas las mismas, deben redactar por escrito las sentencias correspondientes, y con el flujo de trabajo que se tiene en dichos tri-

bunales y la obligación de redactar sentencias fundadas, teniendo además otras vistas públicas que instalar, el dispendio de tiempo y recursos, debe limitarse lo más posible; por ello, no resulta razonable, exigir que en las causas en las cuales el acusador haya reconocido que ya no cuenta con la prueba fundamental para demostrar los hechos sustanciales de su acusación, ni hacerlas llegar al tribunal para fundar la acusación, el rito procesal o la forma del procedimiento termine bajo la instalación de una vista pública, y dictado de una sentencia definitiva –con desaprovechamiento de tiempo y recursos- cuando a la misma consecuencia se llegará mediante el dictado en audiencia de un sobreseimiento definitivo, que en este caso procederá extraordinariamente porque el acusador ya no puede fundar o sostener la acusación.

Número 9: Lo medular de lo anterior, está en evitar discrecionalidades o abusos del tribunal, por cuanto, si el acusador considera que aún faltando prueba decisiva, tiene otras pruebas que puedan sustentar la comprobación de los extremos del delito, habrá de continuarse con el procedimiento e instalar la vista pública con sus formalidades rituales y finalizada esta, decidir lo que a derecho corresponda; o cuando el acusador asegura que tiene los mecanismos para tratar de hacer comparecer a los testigos, por ello debe darse la oportunidad que regla el Art. 375 No. 3 y 376 inciso primero CPP., pero de una manera limitada, pues también resulta inoficioso, como en el caso de autos, en el que se ha señalado la vista pública hasta por una cuarta vez, y la cual se frustró nuevamente por la inasistencia de los testigos de cargo y el representante de la víctima, lo cual significa un desgaste para la administración de justicia y una violación a ser juzgado en un plazo razonable, por la reiterada inasistencia de la prueba testifical de cargo o las partes intervinientes.

Número 10: Considera esta Cámara que si bien es cierto la representación fiscal ofertó prueba documental y pericial; en el presente proceso, por el tipo de delito atribuido a los procesados, con la carencia de prueba de carácter testifical difícilmente se podría valorar la misma en el sentido de proveer una sentencia de condena tal como lo pretende el ente acusador, y al no encontrarse vedada la facultad de dictarse de manera extraordinaria sobreseimiento definitivo en la fase plenaria, siendo el caso que hoy nos ocupa de los que encuadran dentro de ese contesto de extraordinariedad, es procedente confirmar la resolución vista en apelación, pues no se ha logrado hacer comparecer en cuatro en cuatro ocasiones a los testigos y víctima, por lo cual el recurso de apelación impetrado deberá ser desestimado.

Número 11: finalmente debe indicarse dado lo manifestado por el apelante, que el sobreseimiento definitivo decretado a favor de los imputados no se encuentra fundamentado, esta Cámara considera que dicha aseveración es errónea, ya que al analizar las razones expresadas en el acta que contiene el mismo, si se han expresado las razones jurídicas que la llevaron a tomar la decisión recurrida, y ella se basa en la imposibilidad manifiesta de la representación fiscal de poder hacer comparecer la prueba testimonial de cargo al juicio, lo cual en caso de realizarse la vista pública, no habría posibilidad alguna de valorar la misma, pues la prueba documental y pericial es insuficiente para arribar a un fallo de condena como lo pretende el ente acusador; en ese sentido, no puede

adjudicársele a la decisión adoptada por la Jueza Cuarto de Sentencia de esta ciudad como defecto la falta de fundamentación."
Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-16-SD-2018, fecha de la resolución: 29/01/2018

POSIBILIDAD DE PROVEERSE ÚNICAMENTE EN LOS CASOS QUE LA LEY EXPRESAMENTE SEÑALA, CON ESTRICTO CUMPLIMIENTO DE LAS FORMALIDADES QUE LA PROVIDENCIA AMERITA

"**i.-** Conforme al Art. 11 Inc. 1° Cn., ninguna persona puede ser privada de sus derechos *sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes*. Lo que significa que los Jueces, en el ejercicio de su función jurisdiccional, deben proceder de conformidad con las atribuciones que la ley les otorga, Arts. 86 Inc. final, 172 Inc. 3° Cn., 4 Inc. 1° CPP, 2 Inc. 1° y 20 CPCM, pues solo así podrápreservarse un juicio justo para las partes, fuesen técnicas o materiales, en igualdad de condiciones –Arts. 3 Cn. y 12 CPP–.

ii.- Por lo anterior, el Sobreseimiento Definitivo no puede proveerse más que en los casos que la ley expresamente señala, con estricto cumplimiento de las formalidades que la providencia amerita –Arts. 144 y 350 CPP–, en tanto se trata de una decisión judicial que resuelve el derecho de fondo planteado en la discusión, con base al requerimiento fiscal presentado –cuando se trata de la fase inicial, Art. 294 CPP– o en el dictamen de acusación –cuando lo es en la fase de instrucción, Art. 356 CPP– y, por tanto, da por terminado de forma anormal el proceso, lo que en algunos casos resulta contrario a intereses de la parte acreditada como víctima y/o de la pretensión estatal ejercida por mandato constitucional a través de la Fiscalía General de la República–Arts. 193 Ord. 4° Cn., 17 Inc. 2° y 74 Inc. 1° CPP y, 2 LOFGR–."
Cámara de la Segunda Sección del Centro, número de referencia: INC-187-2018-PN, fecha de la resolución: 15/10/2018

PROCEDE ANTE LA INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL QUE LESIONE O PONGA EN PELIGRO EL BIEN JURÍDICO

"IV.- Al hacer el estudio correspondiente esta Cámara hace las siguientes consideraciones: El Juez o Jueza tiene como labor verificar si concurre en el proceso Penal un determinado nivel de convicción sobre la probabilidad positiva de la existencia del delito (extremo objetivo) y de la participación delincuencial del imputado (extremo subjetivo) y tal convicción debe precisamente tener como base los elementos recabados en la fase de instrucción. En este punto, es preciso mencionar, que en el caso de concurrir un sobreseimiento definitivo, este debe dictarse con base en el análisis de las diligencias de investigación, de tal manera que éstas produzcan certeza que los hechos se adecuan a alguna de las causales que establece el Art. 350 Pr. Pn.; siendo así que en el caso sub júdice, el sobreseimiento pronunciado por el Jueza A quo, ha sido amparada en la causal número uno de la citada disposición legal-.

Dicho lo anterior, se hace preciso determinar los siguientes puntos: Que los hechos investigados consisten en el delito de POSESIÓN Y TENENCIA, regulado en el Art. 34 INC. 2° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, mismo que tiene como supuesto de hecho: ¨¨¨¨¨ Art. 34.- "El que sin autorización legal posea o tenga semillas, hojas, florescencias, plantas o parte de ellas o drogas ilícitas en cantidades menores de dos gramos, a las que se refiere esta Ley, será sancionado con prisión de uno a tres años.... Si la posesión o tenencia fuere en cantidades de dos gramos o mayores a esa cantidad, a las que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de tres a seis años; y multa de cinco a mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes".-

Para los suscritos es oportuno mencionar que los imputados […], desde el inicio del proceso, es decir en la Audiencia Inicial manifestaron que la droga que les fue encontrada es para su consumo, lo cual consta en el acta de la audiencia inicial […], en ese sentido y al referirnos a las circunstancias propias del presente caso y a la cantidad de droga crack de cocaína incautada al imputado […], la cual es de veinticinco porciones pequeñas de dicha droga, con un peso de 0.2 gramos, con un valor económico de cinco dólares con tres centavos de dólar ($5.03); al imputado […] le fueron incautadas doce porciones pequeñas de material vegetal (marihuana), con un peso de ocho punto tres gramos (8.3 gramos), con un valor de nueve dólares con cuarenta y seis centavos de dólar(9.46), se […] del expediente principal con el informe del perito y analista […].

En atención a lo anterior se puede presumir que los imputados son consumidores de droga, lo cual es una conducta autorreferente, que consiste en aquella acción sin posibilidad remota de poner en peligro a otro y en la que una persona mayor de edad, conforme a una decisión individual afecta su propio ámbito personal, en este caso de salud, lo que no puede justificar la imposición de una pena o medida de seguridad, dado que este proceder recae en el campo de la autonomía moral y la privacidad; por lo que en el presente caso, dado que la cantidad de droga es mínima y los imputados manifestaron tanto en la Audiencia Inicial como en la Audiencia Preliminar, como consta […], que son consumidores de drogas, que de acuerdo a los indicios aportados en el presente caso, somos del criterio que los imputados, poseían la droga para el autoconsumo, no estableciéndose por la Representación Fiscal, que la tenencia de la droga era con el ánimo o intencionalidad al tráfico, sino más bien como ya nos referimos era para el autoconsumo, así mismo no le encontraron instrumentos o materiales relacionados para la elaboración de drogas, tampoco se le incautó alguna cantidad de dinero inusual que haga sostener que se dedican a la distribución de droga, tomando en cuenta que el valor económico de la droga incautada es accesible para poder comprar la droga, y no es exigible que el imputado, fume en un solo día el total de la droga, en tal sentido le afecta la salud personal, no así la Salud Pública, en tanto que si no se demuestra que se tenía fines distintos al del consumo, tal conducta no tendría relevancia jurídico Penal porque no significaría un peligro para la salud ajena y por consiguiente sería superflua la intervención del poder penal del Estado, el art.3 C.Pn, contempla el principio de lesividad, prescribe que "No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien Jurídico".-

Por todo lo antes expuesto el comportamiento de los encausados se ha desarrollado dentro del ámbito de la autodeterminación exenta de responsabilidad penal, siendo consecuentemente procedente confirmar el Sobreseimiento Definitivo dictado por el Jueza A quo, de conformidad al No.1 del Art. 350 C. Pr. Pn., por encontrarse apegado a derecho."

Cámara de la Segunda Sección de Oriente, número de referencia: APE-150-12-CPRPN-2018, fecha de la resolución: 08/10/2018

SUPRESIÓN, DESTRUCCIÓN U OCULTACIÓN DE DOCUMENTOS VERDADEROS

PROCEDE CONFIRMAR ABSOLUCIÓN CUANDO LAS ACTUACIONES DEL IMPUTADO NO PERMITEN DETERMINAR LA EXISTENCIA DEL DOLO, PUESTO QUE EL EXTRAVÍO DE DOCUMENTOS NO ENCAJA EN NINGUNO DE LOS VERBOS RECTORES DEL TIPO PENAL

"1a.- La víctima ha basado su recurso sustancialmente en que se demostró suficientemente con prueba testimonial y pericial, que el imputado cometió el delito al haberse quedado con el documento autenticado privado de Mutuo Simple que ella le entregó, y aduce que con el mismo hizo algún negocio con sus deudores, y lo cual dice reconoce la juez al determinar que se probó fehacientemente que el imputado recibió de su parte el documento; expresa que el imputado también admitió que lo recibió, pero aduce que se le extravió, lo cual le parece sospechoso, pues ha llegado a la conclusión de que él llegó a un acuerdo con las partes deudores para eliminar el documento, y así evitar que pueda cobrarles el dinero; que la juez ha aplicado erróneamente el precepto del delito y se ha hecho un análisis del contenido del documento que no da la razón del delito, que es haber desaparecido el documento; por tales razones aduce que la decisión del tribunal no está apegada a derecho.

2a.- La juez ha absuelto al imputado por haberle generado duda la prueba acreditada al estimar, que no obstante haberse establecido la participación del imputado en los hechos, no se determinó el dolo en su actuación, porque la misma víctima dijo que cuando le requirió en varias oportunidad la devolución del documento de obligación él dijo que lo había extraviado, y por lo tanto su conducta no encaja en ninguno de los verbos rectores del tipo penal; también estimó que el dicho de la víctima no fue complementado por los testigos de cargo […], al tiempo que estos se contradijeron en sus afirmaciones.[…].

6a.- Visto los razonamientos de la autoridad judicial respecto de la prueba debe concluirse que: [a] La prueba de cargo, no tiene el sustento suficiente para fundar una sentencia de condena respecto del justiciable, puesto que la justificación de un sentencia de culpabilidad, exige la comprobación de todos y cada uno de los elementos que constituyen el delito imputado; [b] la conducta criminal acusada al justiciable, es la de supresión, destrucción u ocultamiento de documento verdadero, por lo cual, la prueba debió comprobar fehacientemente cualquiera de esas tres situaciones.

7a.- [b] Empero, como lo ha resaltado la juez sentenciadora, la víctima que es la prueba fundamental en este caso, ha expresado en su testimonio que el justiciable le manifestó que el documento que le fue confiado por la víctima se le

había extraviado; a esos efectos se cita lo declarado por la señora: [...] Que el licenciado le perdió el documento, que fue donde él, cuando A dejo de pagarle y el le dijo que le iba a ayudar para que A le pagara [...] Que al pedirle al licenciado el documento, le dijo que se lo había perdido [...] Que cuando le pidió que el devolviera el documento al Licenciado […] le dijo "Que se lo había perdido] […].

8a,- [c] Siendo en un caso como el visto, lo fundamental la declaración de la víctima, lo que se tiene como hecho probado, es que el documento le fue entregado al justiciable, quien posteriormente reconoció ante la víctima, que lo había extraviado, es decir, que se le había perdido, ese es el hecho que se encuentra acreditado directamente con la prueba.

9a.- [d] Ahora bien, la pérdida o extravió de un documento legal, no significa necesariamente -ni es equivalente- a comprobarse que, la persona que se dice lo perdió, lo ha suprimido, destruido u ocultado, se trata de cuestiones diferentes, por lo cual, si lo que se ha acreditado, conforme a la prueba es el reconocimiento del justiciable […], de haber extraviado el documento -por el reconocimiento de ese hecho que la víctima afirma le expresó el justiciable- ello no puede significar que se tenga probada, la destrucción u ocultamiento del mismo por el imputado con un carácter intencional.

10a.- [e] Toda la restante prueba documental, pericial y testimonial, tampoco acredita que el justiciable, haya destruido u ocultado el documento, por lo cual, lo único que el juicio determina es la pérdida del documento imputable al encartado, pero ello no es equivalente a la comprobación con certeza de que éste haya realizado una conducta dolosa de destruir u ocultar el documento legal que la víctima le entregó.

11a.- [f] Debe señalarse que ante una imputación penal, es la prueba de la acusación la que debe demostrar los hechos en relación a la conducta delictiva, acreditando todos sus elementos, y estos no pueden presumirse sin base suficiente para su comprobación, ante lo cual, de no establecerse cada uno de los elementos del delito imputado, no es posible justificar una sentencia de condena.

12a.- [g] La apelante argumenta en el recurso: [...] y esto se complementa y al tribunal le queda claro y tiene la convicción de que efectivamente el acusado se quedó con el documento o lo negoció pues un documento con semejante responsabilidad económica no se le pierde a nadie o si se presenta en una institución se da una copia certificada, pero se evidencia todo lo contrario [...]. Tal aseveración, que es una impresión o deducción de la víctima, es de carácter subjetivo, pero no puede ser base para demostrar que el encartado, ha extraviado dolosamente u ocultado en el mismo sentido el documento que le fue entregado.

13a.- [h] Por ello, lo único que ha quedado acreditado en el debate, es que el procesado, extravió el documento, y esa conducta no es típica del delito previsto en el art. 286 CP que sanciona "la supresión, destrucción u ocultamiento de documento verdadero -que además es una conducta dolosa, es decir, intencional- pero no el extravío de los mismos.

14a.- [I] En tal sentido, debe indicarse que el derecho penal, no se ocupa de cualquier conducta, sino solo de aquellas más relevantes para ofender un bien jurídico determinado, en este caso, tratándose de documentos verdaderos, se castiga a quien con intención, los destruya -incluida la supresión- o los oculte, pero no a quien los extravíe, pues la aplicación del derecho penal, es de última

opción, y para sancionar una conducta como criminal, está debe satisfacer completamente la descripción delictiva prevista previamente. Por ende, el extravío del documento en mención si que puede generar responsabilidad de orden civil, para quien es responsable de ello, ante el perjuicio que causa, pero no responsabilidad penal, porque para esto debe acreditarse que la persona ha destruido u ocultado el documento y ello intencionalmente, y como se expresó la prueba incorporada al juicio no demostró este aspecto.

15a.- Como consecuencia de todo lo anterior, resulta que la sentencia absolutoria pronunciada por la juez de grado, se encuentra plenamente ajustada a derecho, ante lo cual, se desestiman los vicios invocados, y se procederá a la confirmación de la sentencia absolutoria porque es lo que en derecho corresponde."
Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 261-SA-2018, fecha de la resolución: 11/10/2018

TRÁFICO ILÍCITO

DELITO QUE PARA SU CONSUMACIÓN NO PRECISA DE UN RESULTADO MATERIAL, PUESTO QUE LOS VERBOS RECTORES INCLUIDOS EN LA DESCRIPCIÓN TÍPICA DE LA DISPOSICIÓN LEGAL INVOLUCRAN UNA VARIEDAD DE MODALIDADES

"Al respecto, el tipo de la figura delictiva en examen, ha sido calificado como POSESIÓN Y TENENCIA, Art. 34 inciso 2° Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, cuyo tenor literal establece: "Si la posesión o tenencia fuere en cantidades de dos gramos o mayores a esa cantidad, a las que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de tres a seis años...".

En cuanto al delito de TRÁFICO ILÍCITO, Art. 33 de la referida ley, ciertamente se trata de un delito que para su consumación no precisa de un resultado material, puesto que los verbos rectores incluidos en la descripción típica de dicha disposición legal, involucran una variedad de modalidades, entre las que el supuesto "transportare" realiza y agota el injusto."

DEFINICIÓN DE TRANSPORTAR

"Según Manuel Ossorio (Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales), transportar en un sentido genérico representa el hecho de llevar un objeto o una persona de un lugar a otro, utilizando cualquier medio de locomoción. Este puede ser aéreo, marítimo y terrestre. Este último, consiste en conducir mercadería de un punto a otro por vía terrestre, sea por medio de una persona, un animal o un vehículo.

De la definición establecida en el párrafo precedente, se infiere necesariamente una acción de desplazamiento, traslado o movilización de un espacio geográfico a otro. Aplicando lo dicho al caso concreto, se colige que establecerá transporte de droga la realización de cualquiera de los actos que constituyan, por su naturaleza, el traslado, desplazamiento o movilización de una cantidad de droga hasta el lugar de destino; bajo el entendido que el desplazamiento que se realiza es necesario en el ciclo de negociación de la droga, en razón de la dis-

tancia o alejamiento que existe entre las fuentes de producción y los adquirentes o destinatarios.

En virtud de lo anterior, por la forma en que sucedió el hecho, puede afirmarse que el procesado CC es la persona que el diecisiete de junio de dos mil diecisiete, se conducía a bordo de una motocicleta de copiloto que en la calle principal de la colonia La Realidad se movilizaban unos pandilleros en una motocicleta, los cuales al notar la presencia policial se dieron a la fuga; que uno de los sujetos que iba de copiloto en dicha motocicleta se bajó de la misma y comenzó a correr, pero fue alcanzado a pocos metros, el sujeto de la motocicleta no fue posible encontrarlo, el sujeto que se alcanzó se neutraliza utilizando la fuerza física necesaria ya que se opuso al momento de la intervención, forcejeando y cayendo el sujeto con el agente SS al suelo, de lo cual el sujeto se le causaron algunos golpes leves en la cabeza por lo pedregoso del lugar de los cuales no sería necesaria la intervención médica.

Que al ser requisado este sujeto en la mano derecha se le encontró una porción media de material vegetal envuelta en cinta adhesiva transparente y bolsa plástica de color negro, la cual intentó lanzarla pero no fue posible, por lo que el agente SS procedió a identificar a dicho sujeto como EECC, dicho material vegetal está valorado en doscientos treinta y un dólares con ochenta y siete centavos de dólar de los Estados Unidos de América, bajo su poder y dominio, sin contar con la debida autorización para ello; acción que no obstante fue interrumpida, culminó con todos los actos propios del transporte, y en ese sentido, el acercamiento de la droga a sus adquirentes configuró un peligro potencial y concreto para su salud, como bien jurídico protegido, quedando consumada por esta razón la conducta del transporte."

ERRÓNEA CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA COMO POSESIÓN Y TENENCIA CUANDO SE EVIDENCIA QUE LA FINALIDAD DEL SUJETO ACTIVO ES TRASPORTAR DROGA

"Debe aclararse que, en la POSESIÓN Y TENENCIA de droga regulada en el inciso 2º del Art. 34 Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, el sujeto activo realiza la conducta establecida por la ley, por el hecho de poseer la sustancia prohibida sin la autorización legal correspondiente. Cosa distinta sucede cuando el poseedor realiza un acto concreto de trasladar de un lugar a otro la droga, como lo ha sido en el presente caso, en el cual, además de la cantidad de droga y las circunstancias bajo las cuales le fue encontrada, la conducta del imputado ha revelado la ejecución de un acto concreto de traslado de la misma por medio de un medio de transporte como es la motocicleta no obstante que no la conducía pero si iba acompañante y el que manejaba se da a la fuga; por tanto, la calificación jurídica otorgada por el juez sentenciador como POSESIÓN Y TENENCIA, no es la aplicable al hecho en estudio.

En consecuencia, sobre la base de los argumentos esgrimidos anteriormente, este tribunal estima oportuno modificar la calificación realizada por dicho funcionario judicial, al de TRÁFICO ILÍCITO, Art. 33 Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; así como también modificar la pena impuesta al imputado CC, de cuatro años de prisión, a la de diez años de prisión, por ser proporcional al hecho in examine; las restantes cuestiones resueltas en la sentencia

de mérito permanecerán inalterables, por no haber sido objeto de apelación por parte de la representación fiscal."
Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, número de referencia: 57-17, fecha de la resolución: 08/03/2018

TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA

IMPOSIBILIDAD DE RECURRIR EN CASACIÓN LAS RESOLUCIONES QUE ANULAN LA SENTENCIA O EL JUICIO

"De conformidad con la sentencia de casación con referencia 245-C-2013, pronunciada a las 08:43 horas del 6 de mayo de 2014, las resoluciones pronunciadas por las cámaras de segunda instancia que anulan la sentencia o el juicio no admiten recurso de casación en tanto no son sentencias definitivas, no ponen fin al proceso ni hacen imposible o dificultan su continuación, motivo por el cual se hará remisión inmediata de la presente junto con el expediente a su Tribunal de origen."
Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 331-2018, fecha de la resolución: 04/10/2018

USO Y TENENCIA DE DOCUMENTOS FALSOS

JUEZ DE PAZ PUEDE DICTAR SOBRESEIMIENTO SIN ESTAR SUBORDINADO A LA PETICIÓN FISCAL, EN LOS CASOS QUE LA LEY ESTABLECE LA PROCEDENCIA

"Número 1.- El señor Juez del Juzgado Primero de Paz de Mejicanos, después de celebrada la audiencia inicial ha decretado Sobreseimiento Definitivo a favor del imputado [...], a quien se le atribuye la comisión del delito calificado provisionalmente como Uso y Tenencia de Documentos Falsos (Art. 287 Pn) en perjuicio de la Fe Pública y subsidiariamente de [...]; la representante fiscal en su escrito de apelación invoca que el Juez Primero de Paz, aplicó y citó mal la disposición legal que consigno en su resolución, como fundamento legal de la misma, puesto que las razones argüidas por este no se encuentra dentro de las excepciones que la ley ya estableció de manera taxativa, para que pueda emitir un Sobreseimiento Definitivo, no siendo este el momento procesal para ese pronunciamiento, sino que es función del Juez de Instrucción una vez finalizada la etapa instructiva; expresando posteriormente que la investigación realizada por la fiscalía determina la participación delictiva del encartado en el delito atribuido, puesto que el debió de conocer de lo falso del documento utilizado.

Número 2. - Se examinara el primer punto, que es de estricto derecho, es decir, una cuestión de interpretación procesal, en el sentido si el Juez de Paz, está autorizado por la ley para dictar un sobreseimiento definitivo cuando se le presenta un requerimiento fiscal, en los términos que tiene previsto el art. 350 CPP; y este aspecto debe estimarse afirmativamente, en el sentido que el juez de paz actualmente si puede dictar ese auto, es decir, pronunciar resolución interlocutoria sobreseyendo a una persona de la imputación formulada, en cual-

quiera de los supuestos previstos en el artículo precitado según las razones que se expondrán a continuación.

Número 3.- El precepto examinado, utiliza una distinción de la autoridad judicial, para el uso de las facultades de sobreseer, en el inciso primero, se refiere de manera indiferenciada a la figura del funcionario judicial, dice: "El juez"; pero en el inciso segundo y tercero, alude a una figura especifica la del Juez de Paz. Dice el inciso segundo "El Juez de Paz solo podrá [...] También podrá [...]; dice el inciso tercero: "El juez de Paz podrá así mismo [...]". Esta norma es la aprobada mediante Decreto Legislativo 841 del 31 de Octubre de 2014 publicada en el Diario Oficial N° 219 Tomo 405 del 24 de noviembre de 2014 y vigente a la fecha.

Número 4.- En su primera versión -Decreto Legislativo Número 733 del veintidós de octubre de dos mil ocho, el precepto examinado, si tenía limitaciones para que el juez de paz dictará sobreseimiento definitivo; y ello aun persistió, en la primera reforma del art. 350 inciso primero por Decreto Legislativo N° 1010 del veintinueve de febrero de dos mil doce; pero cambión la última reforma del precepto legal citado inicialmente.

Número 5.- Pues bien, la interpretación histórica y sistemática del precepto, determina que cuando el legislador manda: "También podrá decretarlo cuando resulte con certeza que el hecho no ha existido, no constituye delito, o haya certeza de la existencia de una excluyente de responsabilidad penal" se está refiriendo al juez de paz, y no al juez de instrucción, el cual queda comprendido en la parte genérica del inciso primero del articulo 350 y en la facultad expresa del art. 362 CPP; de tal manera que los incisos segundo y tercero del art. 350 in fine citado en todas sus modalidades se refiere al juez de paz, el cual, puede dictar sobreseimiento, sin estar subordinado a la petición fiscal, y en los casos señalados en el precepto.

Número 6.- Como consecuencia de lo anterior, el dictado del auto de sobreseimiento por el Juez Primero de Paz de Mejicanos, lo ha sido en atribución estricta de las facultades que la ley le determina, sin que haya concurrido un defecto interpretativo de la norma de procedimiento cuestionada -inciso segundo del art. 350 CPP- siendo no correcta la interpretación que hace la apelante, por lo cual, se desestima el motivo aducido en este punto."

PROCEDE CONFIRMAR SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO PORQUE LA IMPUTACIÓN SE ENCUENTRA FUNDADA EN UNA VISIÓN CAUSAL CONTRARIA AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

"Número 7.- Ahora debe examinarse la otra cuestión, referida a la existencia del hecho como constitutivo de delito, en este caso de uso y tenencia de documento falso atribuido al justiciable [...], tal imputación el ministerio fiscal la centra básicamente en dos puntos: a] se ha determinado que el instrumento de mutuo -fs. 63 a 64-- adolece de falsedad; b] por haber presentado el justiciable [...] demanda de proceso especial civil ejecutivo en representación de [...] ante el Juzgado de lo Civil distrito de Mejicanos, ha incurrido en el delito previsto en el art. 287 CP "Uso y tenencia de documento falso".

Número 8.- El precepto penal dice: "El que con conocimiento de la falsedad y sin haber intervenido en ella, hiciere uso o tuviere en su poder un documento

falsificado o alterado sea público, autentico o privado, si de ello, pudiere resultar perjuicio al Estado, a la sociedad o a los particulares será sancionado con prisión de uno a tres años”

Número 9.- Para estar incurso en la conducta penal antes descrita, es requisito sine quanom que la persona como lo indica el precepto, tenga conocimiento de la falsedad del documento, es decir, que sepa que es falso, y aun sabiéndolo, lo utilice, siendo un delito estrictamente doloso, debe acreditarse el conocimiento de la falsedad y la voluntad de utilizarlo, aun a sabiendas de dicha falsedad.

Número 10.- Pues bien, como se expresó, la imputación fiscal se fundamenta en los aspectos señalados como: [1] Que se ha determinado que el instrumento de mutuo -fs. 63 a 64- adolece de falsedad; [ii] Que por haber presentado el justiciable [...] demanda de proceso especial civil ejecutivo en representación de [...] ante el Juzgado de lo Civil distrito de Mejicanos. Ahora bien, siendo esos aspectos ciertos, ello no determinan, ni indican, ni comprueban bajo ninguna circunstancia que el justiciable [...], haya sabido o conocido de la falsedad del instrumento, ninguna de los actos de investigación realizados por el ministerio fiscal apoya este aspecto, y debe indicarse que en estos casos, no siendo delitos flagrantes, la fiscalía agota la actividad investigaba en la fase administrativa.

Número 11.- Así las cosas, de esa investigación administrativa, si se ha determinado que el instrumento es falso, más ningún elemento de prueba, indica que el justiciable [...], conociese o supiese de la falsedad del documento; puesto que el encartado, lo que ha realizado, es un mandato de representación judicial, siendo apoderado de una persona -de [...]- y en su nombre y representación presento la demanda de proceso especial civil ejecutivo, pero ello, no lo hace, conocedor de la falsedad, ni bajo ese criterio estrictamente causalista -quien participa de la causalidad es responsable- puede imputársele responsabilidad penal, porque esta, solo puede ampararse bajo el principio constitucional de culpabilidad, que prohíbe dentro de una de sus consecuencias, la responsabilidad objetiva, con lo cual, se exige que la persona responsable del hecho, haya actuado dolosa o culposamente, con lo cual, su mera intervención en un hecho de manera causal, sin dolo o culpa, no genera responsabilidad penal.

Número 12.- La responsabilidad objetiva, es aquella, que sin atender al dolo o la culpa establecida en el precepto penal, trata de imputar solo la causalidad del hecho o el resultado lesivo, sin atender a la culpabilidad de la persona, lo cual es contrario al principio aludido, en el sentido que ni en la construcción del delito, ni en la imputación del mismo puede atribuirse un hecho como delictivo, solo con fundamento en la causalidad, es decir la mera intervención de la persona en el hecho, sin hacerlo dolosa o culposamente según lo exija el tipo penal.

Número 13.- En este caso, para los delitos de uso de documento falso, la ley exige expresamente -como no podría ser de otra manera- el conocimiento de que el documento es falso, y sobre ese hecho, en la investigación sometida ante el juez de paz, no concurre ningún indicio sobre ello, el imputado aparece inculpado de delito, por ser la persona que como Abogado presentó una demanda, con un instrumento que posteriormente se determinó que es falso; pero tal actuación como procurador no puede significar la irrogación de una imputación penal, a menos que la investigación lo determine así, y ello, en este caso, no ha ocurrido de esa manera.

Número 14.- Sobre la prohibición de responsabilidad objetiva se ha dicho: (...) Podemos asegurar entonces, sin ambages, que en materia administrativa sancionadora es aplicable el principio nulla poena sine culpa; lo que excluye cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues el dolo o culpa constituyen un elemento básico de la infracción tributaria. El jurista español José María Paz Rubio -profesor del Centro de Estudios Judiciales de Madrid- en conferencia dictada recientemente en el país, al referirse al principio de culpabilidad en relación a la Constitución acertadamente sostuvo "Eso quiere decir que la pena sólo se puede imponer a la persona culpable, o sea que es necesario que se base en el principio de culpabilidad y aquí llama la atención que la Constitución de El Salvador es de las pocas constituciones que garantizan el principio de culpabilidad en el primer inciso del Art. 12 de la Constitución. Por lo tanto no podría imponerse una pena en base a criterios de responsabilidad objetiva (...)". [Sala de lo Constitucional Ref. IS. 3-92 ac. 6-92 sentencia del 17-12-92].

Número 15.- "(...) En dicha disposición encontramos entre otros, el principio de responsabilidad a través del cual, el tribunal debe valorar conforme a la sana crítica, la culpabilidad de la persona a quien se le atribuye un hecho delictivo y no basta entonces, que se relacione prueba que involucre en forma general a determinadas personas, sino que debe probarse de manera particular su correspondiente responsabilidad; todo lo cual está en consonancia con la presunción de inocencia, ya que toda persona está investida jurídicamente de tal estado hasta que una resolución judicial en el proceso legal, declare lo contrario; principio también reconocido como garantía vigente del debido proceso legal, que aparte de estar elevado a la categoría de derecho Constitucional, se encuentra también en los arts. 11. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 14.2 del pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 5 N° 4 y 8 N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. [Sentencia de la Sala de lo Constitucional HS033697.97; acu HS 035897.97; HS038097.97; HSO40697.97.].

Número 16.- Conforme a lo anterior, el imputar al justiciable el delito de uso de documento falso, por el sólo hecho de haber presentado la demanda en el juicio ejecutivo, presumiendo su conocimiento de tal falsedad, es contrario, no solo al principio de culpabilidad, sino también a la presunción de inocencia, y tal imputación se fundamenta en una clara atribución de responsabilidad objetiva, lo cual, se extrae de la relación de los hechos que formula el ministerio fiscal en su requerimiento [fs. 1 a 2]; puesto que en ellos, la imputación penal que se formula es a partir de que el imputado presentó la demanda como apoderado de [...], y que el documento base de la acción fue dictaminado falso.

Número 17.- En consecuencia, de la imputación formulada sobre los hechos expuestos, no puede irrogarse una imputación penal, sobre la base del conocimiento de la falsedad que exige el art. 207 CP por lo cual, la imputación que se hace, estando fundada en una visión meramente causal, es contrario al principio de culpabilidad no constituyendo delito, y en tal sentido, lo resuelto por el juez de paz, se encuentra completamente apegado a derecho, por lo que, tal resolución deberá ser confirmada."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-203-SD-2018, fecha de la resolución: 29/06/2018

VALORACIÓN DE LA PRUEBA

APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

"**C.** Relacionado que ha sido lo anterior, es posible advertir que la queja del impetrante radica en que a su criterio, no se ha valorado conforme a las reglas de la sana crítica, sin embargo, dicho argumenta se desprende del último párrafo de los argumentos vertidos, pues previo a ello se enfocó en determinar por qué era procedente admitir la prueba.

No obstante ello, esta Cámara llevará a cabo un análisis estructurado y segmentado de dicha queja, pues será necesario verificar únicamente si se ha cumplido o no con la valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, y así; concluir si es posible confirmar, anular o revocar la sentencia. Esto es así pues respecto de la admisión o no conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Civil y Mercantil no es posible emitir pronunciamiento alguno, pues el Código Procesal Penal advierte suficientemente las reglas sobre la admisión de la misma; y además en el presente caso la discusión no debería de estribar si la prueba relacionada hace "plena prueba", sino que la discusión radica en determinar si la misma ha sido valorada correctamente, pues desde el momento en el que se cuenta con el sistema de sana crítica como método de valoración de la prueba, es imprescindible llevar el análisis adecuado sobre la misma, y no buscar que se crea en ella por afirmar que se trata de "plena prueba", y menos fundamentar dicho argumento sobre la base normativa de disposiciones derogadas y ajenas a la materia.

En razón de todo lo anterior es imprescindible desarrollar consideraciones abstractas respecto de la sana crítica (i), para luego señalar cómo se actuó por parte del recurrente en el juicio para comprobar la contradicción del testimonio con otros elementos de prueba (ii), y luego pasar a analizar como abordó la Juez lo relativo a la prueba documental a la que se ha hecho referencia (ii), y así proceder a verificar si se han aplicado o no las reglas de la sana crítica (iii), y luego emitir las conclusiones referentes al caso (iv).

i. Las reglas de la sana crítica constituyen el sistema de valoración de la prueba que impera en el proceso penal salvadoreño vigente, en razón de los artículos 175 párrafo 2° y 179 CPP. Dicho sistema de valoración probatoria se integra por las leyes de la lógica, psicología y máximas de la experiencia.

En otras palabras, puede decirse que en principio, la sana crítica significa libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia. Implica que en la valoración de la prueba el juez adquiere la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre éstas y los hechos motivos de análisis. El criterio valorativo debe basarse en un juicio lógico, en la experiencia y en los hechos sometidos a su juzgamiento y no debe derivar solamente de elementos psicológicos desvinculados de la situación fáctica [Sánchez Escobar, Carlos Ernesto; Diagnóstico Técnico sobre las cuestiones problemáticas más importantes que se derivan de la aplicación del Código Procesal Penal mediante la revisión analítica de los preceptos procesales que integran la normativa procesal penal; 2da Edición; Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia; San Salvador; El Salvador].

Sobre las reglas de la psicología, como pilar fundamental de las reglas de la sana crítica, jurisprudencia nacional ha hecho énfasis en el auxilio que las mismas pueden brindar al juzgador al momento de apreciar los hechos.

Dichas reglas buscan entre otras cosas, dotar al juez de la causa, de elementos cognitivos y deductivos que le permitan realizar el ejercicio de valoración probatoria de manera consistente e integral, ya que siguiendo líneas jurisprudenciales desarrolladas por la Sala de lo Penal se puede concluir que el Tribunal de Sentencia en la selección de la prueba incorporada al proceso aplicará los principios de la psicología, en virtud de desarrollarse aspectos que han sido presenciados de manera directa, los cuales deben valorarse.

En lo relativo a las máximas o reglas de la experiencia, se pueden conceptualizar estableciendo que se trata de la concurrencia de ciertos parámetros que permiten explicar algunos acontecimientos a la luz de aspectos que son de conocimiento general.

Ahora bien, en lo que respecta a las leyes de la lógica - que resulta ser la esencial en el caso que se estudia -, se puede delimitar que la misma está compuesta por dos leyes fundamentales, que son: a) La ley de coherencia de los pensamientos; y b) la ley de derivación de los pensamientos.

De la primera se desprenden los principios lógicos de identidad, no contradicción y tercero excluido, mientras que de la segunda se desprende el principio lógico de razón suficiente, que es el que interesa en el presente caso.

El principio lógico de razón suficiente exige que toda conclusión sea derivada, esto es, que existan suficientes indicios, y por supuesto, elementos probatorios que le den consistencia y validez al pronunciamiento judicial.

De lo anterior se deduce que para que se respeten las reglas de la sana crítica, en cuanto al principio de razón suficiente, es imprescindible que el fallo que se dicte se derive de la prueba presentada y que se acompañe de un estructura argumentativa suficiente, de la cual se alejará la idea de una sentencia antojadiza, sino que se tratará de una sentencia apegada a los hechos vertidos en el proceso y su apego a las leyes que rigen la dinámica procesal.

Una vez aclarado lo anterior, esta Cámara considera necesario llevar a cabo argumentos concretos respecto del principio de razón suficiente, para se hace referencia a lo desarrollado por la Sala de lo Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, que expresa lo siguiente:

"[…] *la Ley de Derivación, que establece "Que cada pensamiento provenga de otro con el que está relacionado"; o sea, que frente a un elemento de prueba que se dé por acreditado, debe existir la razón suficiente para sostener que los hechos fueron así y no de otra manera, en virtud del elenco probatorio que desfiló en el juicio, al determinar que "Todo juicio, para ser realmente verdadero, necesita de una razón suficiente, que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con pretensión de verdad", por extraerse de la referida ley* […]*"* (Sala de lo Penal, expediente marcado bajo la referencia número 107-CAS-2011, sentencia pronunciada el diecinueve de septiembre de dos mil doce).

De lo anterior es posible advertir que el principio de razón suficiente, que se encuentra bajo el componente de la lógica, está supeditado a dos reglas, siendo éstas las de coherencia y las de derivación, con respecto a esta última, se pretende lograr que el pronunciamiento judicial que defina la situación jurídica de la

persona que se encuentra siendo procesada sea producto del análisis integral de la prueba que se oferta.

Analizado lo anterior, se debe recalcar que ello consiste en analizar tanto la prueba de cargo, como la de descargo, contrastarlas entre sí y con ello justificar el por qué existe la inclinación hacia una y no hacia la otra, ya que de lo contrario habrá inobservancia a las reglas de la sana crítica, lo que conducirá a la anulación de la sentencia.

Por su puesto que dentro de la vista pública - que es el acto previo del que se origina el pronunciamiento de la sentencia - pueden haber contradicciones entre una y otra prueba, e incluso se pueden presentar contradicciones en un mismo medio probatorio que le resten credibilidad, sin embargo, si llega a estar frente a dicha situación, el operador de justicia debe argumentar las razones que le conducen a la confusión, siempre y cuando se origine a raíz de elementos introducidos por las partes, tal y como se ha destacado previamente en la presente resolución. Para ello, no basta con que exprese las incongruencias, sino que debe de analizar si las mismas fueron subsanadas en la vista pública, y si fue así debe expresar los motivos por los que las aclaraciones le merecen fe o no.

Solo de esa manera, se observarán las reglas de la sana crítica, en cuanto al componente de la lógica, bajo el principio de razón suficiente, ya que tal y como se ha mencionado, ello depende de la correcta implementación de la coherencia y la derivación.

Así se aspira al alcance de la convicción judicial, misma que la Sala de lo Penal describe de la siguiente manera:

"[…] para que la convicción judicial esté correctamente formada y al margen de todo subjetivismo tendrá que apegarse a las reglas del recto entendimiento humano, siendo éstas, la lógica, psicología y la experiencia, dentro de las que se hallan, las leyes del pensamiento de la coherencia y la derivación, con las que se pretende excluir de las justificaciones del fallo, los juicios falsos, contradictorios y que no tengan una razón suficiente, siendo uno de estos aspectos los que de acuerdo al texto impugnativo se considera quebrantado, ya que se aduce que se vulnera la ley de la derivación, pues concurren argumentos contradictorios entre sí" [Sala de lo Penal, expediente marcado bajo la referencia 116-CAS-2011, de fecha treinta y uno de agosto de dos mil doce].

De lo desarrollado por el Tribunal Casacional en jurisprudencia relacionada anteriormente, se colige que las reglas de la lógica no conforman un conjunto autónomo de reglas tendientes a valorar la prueba que se aporte en el proceso que se estudie, sino que las mismas deben acompañarse de las reglas de la experiencia común; tomando en cuenta las leyes de pensamiento relativas a la coherencia y la derivación.

Lo anterior da fuerza a la tesis que del uso de las reglas destacadas anteriormente, debe extraerse una línea de pensamiento coherente del cual el resultado al que se llegue se haya derivado de todo el análisis integral de la prueba, tal y como se ha destacado anteriormente.

Es de esa forma como se llega a la comprensión de la razón suficiente como componente sustancial de las reglas de la sana crítica, por lo que debe ser respetado al momento de pronunciarse con respecto a la valoración de la prueba, de la cual se obtiene el resultado de lo que se decidirá en el proceso.

ii. Conforme a la línea de análisis que se ha establecido como estructura de la presente sentencia, se ha determinado que es necesario verificar la forma en la que ha actuado el litigante para introducir dentro del juicio los elementos suficientes para atacar la credibilidad del testigo, respecto de las contradicciones en las que afirma que ha incurrido.

Sin embargo, previo a ello, cabe recordar que el proceso penal salvadoreño - en los últimos años - ha estado sujeto a diversos cambios que atienden al desarrollo natural de cualquier Estado en búsqueda de un sistema democrático de derecho.

Tan es así que la participación del Juez se ha mermado en cuanto a la averiguación e investigación de los hechos; limitándose únicamente a la recepción de las teorías - por lo general opuestas - de las partes vinculadas a un proceso penal; y a la consecuente valoración de las pruebas presentadas, tanto por la parte acusadora y acusada. Todo ello en razón de que actualmente se cuenta con un proceso penal de naturaleza acusatoria, en donde la carga de la prueba recae sobre las partes que se encuentran obligadas a probar cada una de sus tesis planteadas en el proceso.

De ahí que sea necesario destacar que el proceso penal se encuentra conformado por diferentes fases, dentro de las cuales se acentúa la fase de juicio, que se encuentra delegada al Juez de Sentencia, en donde él se encuentra obligado emitir su juicio fáctico e intelectivo sobre los elementos de prueba que se le presenten y; como consecuencia de ello emitir su sentencia, ya sea absolutoria o condenatoria."

PRUEBA TESTIMONIAL DEBE SER EXAMINADA EN CONJUNTO CON EL RESTO DE MEDIOS PROBATORIOS INCORPORADOS AL JUICIO

"En el presente caso, se aprecia que la queja se dirige contra la actuación de la Juez, por cuanto se afirma que no ha llevado a cabo una correcta línea de análisis de la prueba aportada, específicamente respecto de la declaración del testigo calve "rojo" con su entrevista en sede policial y la inspección ocular, que se encuentran debidamente anexadas en el proceso.

Sin embargo, es de hacer notar que si bien es cierto el Juzgador se encuentra obligado a llevar a cabo un análisis integral de la prueba, por medio de la aplicación de las reglas de la sana crítica, es necesario que el mismo sea dirigido con base a los elementos que se presenten por las partes, es decir que para que se alegue que la aplicadora de justicia no ha hecho un correcto análisis de la prueba de la que se derive la participación de los procesados en el delito tienen que ser introducidos los elementos al juicio, es decir en la audiencia de vista pública.

Entonces si se quiere que la operadora jurisdiccional valore una posible contradicción del testigo, en referencia a la entrevista rendida en sede policial y en relación a la inspección ocular realizada, es **imprescindible** que se provoque adecuadamente dicha contradicción en el juicio; y que además, se introduzcan a la vista pública los elementos base en conde se encuentren las declaraciones opuestas del testigo.

Esa provocación no implica una técnica ni prohibida, ni novedosa, sino que se trata de una técnica de litigación propia de los juicios orales desde la introducción de la oralidad en el proceso penal.

De suyo se sigue que si un testigo dice en el juicio algo diferente a lo que dijo anteriormente en cualquier contexto, su confrontación puede hacerse con la declaración anterior en el interrogatorio o contrainterrogatorio del testigo, confrontándolo con el contenido de su declaración previa. De esta forma, el juez tendrá la oportunidad de apreciar y determinar cuándo el testigo ha faltado a la verdad o se ha equivocado, en su declaración anterior o en la declaración en juicio. [USAID - Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia: Comisión Interinstitucional para el Impulso de la Oralidad en el Proceso Penal; Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano; Bogotá; Año 2003]

De todo ello es posible advertir que, para que el aplicador de justicia haga referencia a alguna contradicción entre el testigo y algún documento que se encuentre consignado en el proceso es necesario que se haga referencia a él dentro del interrogatorio o contrainterrogatorio, de acuerdo al uso de las manifestaciones de declaraciones previas; pues tal y como se advierte en el texto citado: *"El juicio es oral, por audiencias, y en la audiencia pública de juzgamiento no se permite la introducción de diligencias de investigación mediante actas o dictámenes, sino mediante la declaración del órgano o medio de prueba (testigo, perito, investigador)".*

De lo contrario, si se espera que sea el Juez quien haga referencia a ellos, se estaría yendo en contra de la naturaleza acusatoria del proceso penal (tal como se ha descrito anteriormente), pues se esperaría que sea el Juez quien busque - a cualquier costa - la contradicción del o los enjuiciados.

Ahora bien, para lograr introducir esas incongruencias de las formas advertidas en los párrafos precedentes, no basta con que se le pregunte al testigo si se recuerda o no de haber manifestado en momentos previos y diferentes al de la audiencia, sino que es necesario que se introduzca el documento y se confronte directamente con él, pues de esa manera podría apreciarse directamente por el aplicador de justicia si el testigo incurre en alguna contradicción o no.

Si no se actúa de esa forma por parte del litigante, y el Juez no toma en cuenta contradicción alguna por no haber quedado constado de esa manera en el juicio, se estaría frente a un error, provocado por el litigante, y sobre el cual no podría alegarse que existe una errónea valoración por parte de la Juez, pues ni siquiera se han introducido los elementos suficientes para que se emita pronunciamiento sobre las posturas contrarias por el testigo, mismas sobre las que es necesario advertir que el hecho que exista una discrepancia, la misma constituye una contradicción como tal, sin embargo para probarlo se debe introducir por el litigante de la forma prescrita, y así que sea susceptible del análisis judicial"

AUSENCIA DE VICIO ALEGADO DEBIDO A QUE LA PRUEBA NO FUE OFRECIDA NI ADMITIDA OPORTUNAMENTE

"En razón de la omisión del defensor de introducir dicha documentación para ser confrontada con el testigo provoco que no se introdujeran los elementos necesarios al juicio para que fueran tomados en cuenta en la valoración judicial, sobre todo respecto de las contradicciones a las que ha hecho referencia en el juicio.

Por lo tanto, al no haber introducido los elementos suficientes para atacar la credibilidad del testigo, no se le puede exigir a la Juez que se pronuncie sobre dichas contradicciones, pues las mismas no se acreditaron dentro del proceso, y para que sean aplicables las reglas de la sana crítica es necesario que exista previamente la introducción de elementos sobre los cuales se apliquen dichas reglas de valoración, de lo contrario no será posible ni aplicarlas, y mucho menos revocar dicha actuaciones judicial.

Como conclusión de lo anterior, esta Cámara advierte que con respecto a la errónea aplicación de las reglas de la sana crítica respecto de la prueba testimonial y sus variaciones para con otros elementos de prueba, no será posible acoger el yerro impugnativo del quejoso, siendo procedente continuar con el análisis de la apelación respecto de la prueba documental introducida en el juicio."

ANÁLISIS BAJO UN SISTEMA DE LIBERTAD PROBATORIA EXIGE UN RAZONAMIENTO CONFORME A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA Y UNA DEBIDA FUNDAMENTACIÓN

"No obstante lo anterior, es necesario comprender que el hecho que nuestro sistema acepte la libertad probatoria, no implica que se deba de confiar automáticamente en lo que se presente por cualquiera de las partes, ya sea que lo presente el Ministerio Público Fiscal, la defensa, la querella, e incluso el imputado en el ejercicio de su defensa material.

Cada elemento probatorio que se presente debe ser analizado conforme a las reglas de la sana crítica, en donde se exponga un razonamiento lógico de las razones por las que se llegue a una razón y no a otra."

"[…] Como corolario de lo anterior, se afirma que en el presente caso la Juez […], en su calidad de Juez Segundo de Sentencia de la ciudad de San Salvador, ha aplicado correctamente las reglas de la sana crítica, en el componente de lógica bajo el principio de razón suficiente, pues no solamente ha derivado hechos acreditados de la prueba presentada, sino que también ha plasmado de forma adecuada la línea de sus argumentos, de los cuales se desprende los motivos por los que arribo a una conclusión especifica.

En ese sentido, concluye esta Cámara que no es posible acogerse al argumento esgrimido por el recurrente, siendo procedente confirmar la sentencia condenatoria en contra de los procesados […], por ser ellos por quienes se interpuso el recurso de apelación."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 169-2018, fecha de la resolución: 01/10/2018

VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ

PROCEDE CONFIRMAR SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO, CUANDO SUCEDIERON LOS HECHOS SE ENCONTRABAN VIGENTES DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE FAMILIA QUE REGULABAN LA POSIBILIDAD DE CONTRAER MATRIMONIO CON PERSONAS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS

"Vistos los argumentos, el pronunciamiento de este Tribunal de Alzada se circunscribirá al hecho que, según la percepción de la apelante - y contrario a lo

que el juez instructor ha apreciado - existen suficientes elementos de convicción como para habilitar la fase plenaria del proceso.

El juez de instancia cimento el sobreseimiento provisional emitido en:

Carencia de lesividad del tipo penal acusado y antinomia entre disposición del Codigo de Familia y el art. 159 CP.

Por su parte la agente fiscal consideró que los elementos agregados en la carpeta judicial son suficientes para probar los hechos acusados, afirmando que:

La negación de libertad sexual a los menores por parte del legislador vuelve criminal cualquier conducta que atente contra ese núcleo protegido.

Como se denota, el argumento fiscal no está encaminado a discutir las conclusiones, emitidas por la juez de instancia, sobre las investigaciones realizadas durante la instrucción, sino que, a partir de dichas conclusiones la conducta incriminatoria permanece incólume y la misma es configurable en el art. 159 CP, deduciéndose entonces errónea interpretación de la disposición en comento.

Para acceder a la queja de alzada, es necesario agotar una expedita exegesis del tipo penal descrito en el art. 159 CP (i); a continuación, se deben describir las investigaciones realizadas durante la instrucción y su resultado (ii); así, con dichos insumos serán aplicados al *sub examine* (iii).

i. El art. 159 CP, contenedora del tipo penal de Violación en menor e incapaz dice:

"El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será sancionado con prisión de catorce a veinte años.

Quien mediante engaño coloque en estado de inconsciencia a la víctima o la incapacite para resistir, incurrirá en la misma pena, si realiza la conducta descrita en el inciso primero de este artículo".

El bien jurídico que protege la disposición está claramente vinculado a las relaciones sexuales realizadas en contra de la voluntad (libertad sexual); en el caso de las personas menores y de los incapaces mentalmente, para lo que nos interesa, la protección está dirigida a la validez del consentimiento en la realización de actividades de índole sexual (indemnidad o intangibilidad).

Como se ve, la prohibición establecida en el art., 159 CP, se justifica a partir de la posible afectación que la actividad sexual temprana pueda provocar al correcto desarrollo de la personalidad.

De lo anterior también se deduce la calidad de la persona afectada por el delito, esto es una persona sea: 1) menor de quince años cumplidos cronológicamente, 2) enajenada mentalmente, 3) inconsciente, y 4) incapaz de resistir el ataque sexual.

En cuanto a la conducta típica, consiste en el acceso carnal vaginal o anal, no siendo necesaria una penetración total o la eyaculación, asimismo, no es considerado como elemento objetivo del tipo el rompimiento del himen.

Dadas las características personales de la víctima, es indiferente el consentimiento de la misma, ya que el mismo se estima como viciado por su incompleto desarrollo de la personalidad.

Finalmente, con respeto al tipo subjetivo, aunque se exige un conocimiento previo de la edad de la víctima, el mismo no requiere una forma especial del

dolo, asimismo, puede coexistir en el mismo un *ánimo libidinoso*, es decir, una conducta dirigida a la autosatisfacción sexual.

ii. Constan en el expediente judicial las siguientes diligencias investigativas:

- Entrevista de **********, madre de **********., realizada el veintisiete de noviembre de dos mil diecisiete (folio 25), quien dijo:

"[Y*o me entere cuando mi hija tenía un mes de gestación, siendo el responsable del embarazo el señor CGBE, […] yo estoy de acuerdo [*sic*] con dicha relación amorosa, al preguntarle a la adolescente la fecha en que inicio su relación sentimental con [...] ella narra lo siguiente, [el] 06 de enero de 2017, y comencé a tener relaciones sexuales con él a los tres meses y medio de andar de novios, nos acompañamos en el mes de mayo del 2017, posteriormente, nos casamos por lo civil el día doce de agosto del corriente año […]" (mayúsculas suprimidas).

Entrevistas de la víctima, realizada en sede fiscal, el uno de diciembre de dos mil diecisiete (folio26), quien expresó:

"Que en el mes de mayo de dos mil diecisiete asistí a la Unidad de Salud de Ilopango con mi madre y mi esposo [...], a ponerme en controles prenatales porque ya tenía como un mes de embarazo […]. Y con respecto a los hechos quiero manifestar que fue en el mes de noviembre de dos mil dieciséis, conocí a mi actual esposo en el Centro Educativo [...], Ilopango, porque estudiábamos juntos […] fue hasta el día seis de enero de dos mil diecisiete que comenzamos a platicar más y nos hicimos novios con autorización de mi mamá, y como en el mes de abril del mismo año comenzamos a tener relaciones sexuales en mi casa de habitación […]. Después de que me di cuenta que estaba embarazada me case con él y estamos viviendo juntos para que el niño no crezca sin papá […]" (mayúsculas del original).

- Certificación de la partida de nacimiento de **********., (folio 28), con la cual se acredita que nació el veintinueve de julio de dos mil tres.

- Certificación de la partida de matrimonio, (folio 43), celebrado a las quince horas del doce de agosto de dos mil diecisiete, entre [...] y **********

iii. El juez de instancia sobre los elementos de convicción agregados para afirmar la adecuación de los hechos a la conducta típica, dijo:

"[E]n este caso se ofrece por parte de la defensa la presentación de documento, con lo cual se establece que están debidamente casados, ya que el matrimonio fue realizado según consta en la Certificación de Partida de matrimonio el mismo se llevó a cabo a las quince horas del día doce de agosto de dos mil diecisiete; si estuviésemos hablando sobre la prohibición de matrimonio quiere advertir que lo que hubo fue una reforma al artículo catorce del Código de Familia derogándose el inciso segundo que permitía el matrimonio de menores de edad, así lo establecía precisamente ese artículo catorce de la norma ya mencionada […], es hasta el día diecisiete de agosto de dos mil diecisiete, mediante decreto setecientos cincuenta y cuatro en que se reforma el articulo catorce derogándose el inciso segundo […] eso indica entonces que habiendo sido publicado el día cinco de septiembre de dos mil diecisiete de acuerdo a lo establecido en el artículo doce del mencionado decreto setecientos cincuenta y cuatro entró en vigencia ocho días después de su publicación, es decir, el trece de septiembre de dos mil diecisiete entró en vigencia el referido decreto que derogaba el inciso segundo del articulo catorce del Código de Familia; […] tomando en considera-

ción lo que ha explicado aquí la menor supuesta víctima del delito de violación, que además es madre de un hijo procreado entre ambos, que está casada con el señor [...], matrimonio llevado a cabo el doce de agosto de dos mil diecisiete, un mes antes de la entrada en vigencia de la reforma a la cual ya se hizo mención, […] en este caso hubo necesidad de integrar norma, no solamente el Código Penal y Procesal Penal, sino también el Código de Familia y su respectiva reforma, para comprender precisamente el presente caso, que tal reforma hecha al Código de Familia no puede ser aplicada al presente caso, en virtud que su vigencia de la misma fue más de un mes a la celebración del matrimonio entre el señor procesado y la supuesta víctima; en consecuencia, a ello este tribunal considera que es procedente ampararse a lo dispuesto en el artículo trescientos cincuenta numerales uno y dos del Código Procesal Penal Sobreseyendo Definitivamente al señor procesado […]" (mayúsculas del original).

En ese orden, como se deriva de las actuaciones descritas *supra* y de lo argumentado por el juzgador, se tiene que:

1- La victima **********., sostuvo relaciones sexuales con el acusado cuando contaba con catorce años cumplidos.
2- Como consecuencia del mencionado acceso carnal, la víctima quedó embarazada del compelido.
3- El imputado y la victima conviven en unión no matrimonial hasta agosto de dos mil diecisiete.
4- El acusado contrajo matrimonio con **********., el doce de agosto de dos mil diecisiete.

En ese sentido, las investigaciones realizadas de manera efectiva revelan la existencia de los elementos objetivos del tipo penal de Violación en menor e incapaz, sin embargo, el elemento subjetivo del dolo no presenta una consideración disvalorativa, y es que, no obstante el efectivo conocimiento de la edad de **********., el imputado ha mantenido una relación constante con la víctima, en la cual se vislumbra un ánimo distinto de la simple satisfacción sexual con una menor de quince años, prueba de ello es que el mismo fue capturado en el domicilio que compartía con la referida afectada.

Asimismo, a la fecha de los hechos acusados, se encontraban vigentes específicamente los art. 14 párrafo final y 18 del Código de Familia, los cuales regulaban la posibilidad de matrimonio a las personas menores de dieciocho años de edad, cuando la pareja tuviere un hijo en común o la mujer estuviere embarazada (como aconteció en el *sub examine*).

De lo anterior, la antinomia que presentaban las disposiciones precitadas en relación a la conducta ilícita del art. 159 CP, permitía en ciertos casos, como el de autos, configurar un error de prohibición invencible provocado por la ambivalencia legislativa, en cuanto a la efectiva habilitación de los menores a contraer nupcias y, por tanto, a sostener actividades sexuales, en contrapeso de la punición de dichas conductas.

Así las cosas, al estar en el sistema jurídico salvadoreño vigente al momento de los hechos las normas ya citadas, resulta oportuno, para solucionar la antinomia, aplicar el criterio de competencia (Inc. 19-2012, auto de inaplicabilidad medida cautelar de la Corte Centroamericana de Justicia), de ello resulta que:

a) Ambas normas (ley penal y ley de familia) están dispuestas sobre el mismo plano de jerarquía de las fuentes (leyes formales).
b) Las relaciones entre las dos están reguladas por una norma jerárquicamente superior (Constitución).
c) La norma fundacional ha reservado a cada una de ellas una diversa esfera material de competencia (relaciones familiares y represión de conductas delictivas), siendo competencia exclusiva de cada una regular las materias señaladas.

Como resultado de lo anterior, la norma que se debe aplicar es aquella que regula de mejor manera la relación de los sujetos en conflicto (imputado y victima), siempre inclinándonos por aquella que garantice de forma más favorable el principio general de libertad, ya que en el supuesto en estudio, la contienda ha surgido entre una norma prohibitiva (delito) y otra permisiva (fomento del matrimonio), deberá prevalecer esta última, aunado a que las relaciones familiares, que resultan evidentes en el *sub examine*, son reguladas de manera exclusiva por el Código de Familia, se debe agregar, que tal como ha sostenido el juez de primera instancia, la aplicación del art. 14 párrafo 2º (derogado) del Código de Familia, es únicamente en aquellos casos previos a la reforma de la citada disposición.

Por todo lo antes expuesto, no se acoge el motivo de apelación esgrimido por la parte fiscal y en consecuencia se confirma la resolución venida en apelación." *Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 189-2018, fecha de la resolución: 29/06/2018*

VOTO DISCORDANTE DE LA SEÑORA MAGISTRADA ANA VICTORIA DEL ROSARIO MARTÍNEZ DE BLANCO

RECUSACIÓN

IMPROCEDENTE MIENTRAS NO SE LOGRE DEMOSTRAR UNA VULNERACIÓN A LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL Y, NO LOGRE DILUCIDARSE ALGUNA POSTURA DEL JUZGADOR QUE DEMUESTRE UN CRITERIO PREEXISTENTE EN CONTRA DE LOS IMPUTADOS

"Analizados los motivos que procedieron a declarar ha lugar la recusación, resulta necesario dejar establecida la discordia, la cual se expresara en las siguientes líneas:

la decisión de Corte Plena culmina con la etapa administrativa del proceso de enriquecimiento ilícito, esta decisión no debe de entenderse como una sentencia sobre el fondo de lo que se busca -determinar la sustracción de fondos públicos- pues tal como se expuso, por el órgano colegiado, y establecido por el art. 9 de la Ley Sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos, es la Cámara designada quien dentro de un juicio por patrimonio no justificado emite una decisión final.

Al ser indicios los presentados en Corte Plena por medio del informe de la Sección de Probidad, estos no pueden considerarse valorados de forma delimitada como lo hace la Cámara designada, pues en Corte Plena termina la fase de investigación e inicia la judicialización si el caso fuere ordenar a juicio.

En ese sentido, no puede comprenderse una actividad jurisdiccional propiamente dicha, ya que no le corresponde la judicialización a Corte Plena; en este caso cabe manifestar, que el proceso de enriquecimiento ilícito fue iniciado contra el ex presidente […], no contra los imputados que son representados por los defensores particulares que han presentado las recusaciones.

Resulta necesario manifestar que al no haber emitido una decisión de fondo sobre el asunto, el Juez […] carece de tener un criterio preconcebido de la causa penal, pues la diferencia sustancial en ambos procesos, radica en la valoración probatoria que deba darse en la etapa de instrucción, la cual es completamente diferente a la valoración que se ordenara mediante los indicios en Corte Plena, pues en la causa penal requiere un análisis singular de cada elemento probatorio.

Por lo cual, la actividad administrativa relativa al Juez […] cuando el fungió como Magistrado de la Corte Plena, fue fijada bajo criterios eminentemente objetivos y relativos a ordenar un proceso por enriquecimiento ilícito; es así que no puede señalarse que una función constitucionalmente exigida a un Magistrado de Corte Plena, sea considerada como atentatoria a la imparcialidad judicial.

Distinto fuera el supuesto, si durante el transcurso del juicio por Enriquecimiento Ilícito el Juzgador hubiese conocido y pronunciado condena al ex presidente de la República, en este caso se lograría configurar un criterio técnico preestablecido que bajo los parámetros de valoración probatoria pudiera afectar e incidir en el actual proceso penal.

Ademas, en lo relativo a las noticias adjuntadas, no se logra dilucidar alguna postura del Juez […] que demuestre un criterio preexistente, en ningún supuesto, se refiere específicamente al actual proceso penal; por lo que tal como se ha señalado en jurisprudencia de esta sede, la imparcialidad no debe ser sobre opiniones que no se vinculan de forma específica al actual proceso, sino más bien se debe de ser precisado el motivo de vinculación entre una opinión y el actual proceso penal; en ese sentido deberá de declararse no ha lugar las recusaciones presentadas, pues no se ha logrado demostrar por los defensores particulares una verdadera vulneración a la imparcialidad judicial del Juez […].

Por los motivos anteriormente expuestos la decisión jurídicamente correcta hubiese sido no declarar ha lugar la recusación contra el Juez Quinto de Instrucción de San Salvador, Licenciado […].

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-310-316-2018AC, fecha de la resolución: 28/09/2018

VOTO DISCORDANTE PARCIAL DE LA SEÑORA MAGISTRADA ANA VICTORIA DEL ROSARIO MARTÍNEZ DE BLANCO RESPECTO DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL DE LA IMPUTADA VANDA GUIOMAR PIGNATO

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN

PROCEDE SU DECLARATORIA ANTE LA AUSENCIA DE IDEAS CLARAS QUE FUNDAMENTEN Y MOTIVEN LA INCONFORMIDAD DEL RECURRENTE

"Analizados todos los puntos de apelación con los cuales se ha concordado en su mayoría con la Magistrada de Cámara Rosa María Fortín Huezo, es

necesario dejar constancia en lo relativo al motivo de discordia parcial sobre la detención provisional de […].

Al realizar el examen de admisibilidad, se han verificado de forma precisa los requisitos de subjetividad, en cuando la defensora […] se encuentra legitimada para procurar en favor de la procesada, en lo relativo a la impugnabilidad objetiva la decisión que decreto de la detención provisional resulta apelable y la temporalidad se ha cumplido al interponerse el recurso de apelación dentro del plazo exigido, tales elementos han sido analizados y comprendidos en la resolución de Cámara, sobre los cuales no existe ninguna discordia.

La discordia parcial, es generada únicamente en lo relativo supuesto agravio expresado, es en este punto donde se genera un conflicto de criterios jurídicos en cuanto a la decisión a tomar; el razonamiento que se debió de dar a tal motivo se expresara en las líneas siguientes:

En cuanto al primer motivo alegado por la defensora […], es así que en el romano III del recurso de apelación analizado se encuentra la exposición de agravios, que inicia con un primer ítem denominado "Inobservancia del principio acusatorio con incidencia en la congruencia procesal". Expone que en la audiencia inicial la agencia fiscal y la defensa solicitaron la aplicación de medidas cautelares personales sobre la señora Pignato distintas a la detención provisional; sin embargo el Juez A Quo se basó en el principio de jurisdiccionalidad para imponer la privarle de libertad.

Acto seguido la apelante expone una definición del principio aludido y explica que su límite deviene de la congruencia exigida a todo pronunciamiento judicial a partir de lo pedido por las partes, y que su quebrantamiento incide directamente en el art. 144 Pr. Pn. y despliega efectos a la audiencia inicial de acuerdo con las reglas aplicables a la Vista Pública, según el art. 299 Pr. Pn. El principio acusatorio también compele al juez a que si la agencia fiscal no solicita el empleo de una medida cautelar gravosa, la autoridad judicial no puede imponer la detención sin violar su deber de motivación y congruencia.

Posteriormente relaciona jurisprudencia interamericana y constitucional relativa a la congruencia que debe existir en la actividad resolutiva de los jueces, solicitando que se corrija este yerro interpretativo y se imponga a su defendida las medidas cautelares solicitadas por la Fiscalía General de la República.

Sobre el agravio expresado se considera: En cuanto al primer punto de apelación, la crítica yace en la decisión judicial que no accede a lo peticionado por la defensa técnica y la representación fiscal.

A efecto de establecer la configuración del agravio que ocasiona tal actuación, deben tenerse claros dos aspectos fundamentales que son distintos entre sí:

(i) La obligación del juzgador de resolver de manera motivada todas las peticiones ante él sometidas por las partes y demás intervinientes en el proceso.
(ii) La obligación del juzgador de resolver conforme a lo peticionado por las partes procesales.

Si bien la defensa particular de la procesada […], considera que el juez de la causa no podía resolver decretar la detención provisional, a pesar que las partes procesales habían requerido su sustitución por medidas alternas a ésta; la competencia del tribunal de apelaciones se tendrá por habilitada para conocer del

asunto, a medida que sea impugnada la argumentación judicial que estima que legalmente se encuentra avalado para imponer la medida cautelar más gravosa.

De tal forma, vista la motivación inserta en el recurso en este apartado, se advierte que la recurrente centra sus quejas en la imposibilidad de imponer la detención provisional sin haber sido solicitada por las partes, haciendo mención de la inobservancia del principio acusatorio; sin embargo, no contra argumenta el razonamiento judicial que impugna; es decir, únicamente crítica lo resuelto por el juez.

De tal suerte, consta que la defensa expresa: "[…] el juez Quinto de Paz de San Salvador decidió imponer la detención, basándose en el "principio de jurisdiccionalidad", así consta […] del proveído…" (Sic)

Fuera de la expresión citada, no existe la relación de cuál es el yerro judicial, más allá de la mención de que éste no podía imponer la detención provisional sin violar su deber de motivación y congruencia procesal derivada.

A contrario sensu, se entiende que la resolución que impugna deniega las medidas alternas a la detención provisional solicitas, y en cuanto a ello, tampoco hace mención a cuál es el argumento judicial que deniega dichas medidas en favor de su representada.

Por otro lado, la apelante pide a esta Cámara que sea revocada la detención provisional y que sean impuestas las medidas solicitadas por la Fiscalía General de la República y por la defensa técnica, sin mencionar cuáles son, y por qué estas son idóneas para que su representada permanezca vinculada al proceso.

En consecuencia, la solicitante no ha evidenciado cuál ha sido el hilván de ideas que fundamenta y motiva la decisión del juez o cuáles fueron los motivos que el juzgador proporcionó a las partes para estimar que legalmente podía imponer la detención provisional pese a que no fue solicitada por la fiscalía y defensa técnica.

Es importante retroalimentar, que el estado de detención de un individuo "per se", no es un agravio, sino que el agravio que habilita la apelación surge cuando la medida cautelar de la detención provisional ha sido impuesta bajo inobservancia de preceptos legales o inobservancia de derechos y garantías fundamentales.

Por tal razón, por lo que este motivo adolece de la construcción propia de un agravio, puesto que si la recurrente no ha sido clara en indicar cuál es la motivación judicial a su criterio errónea, el Tribunal se encontraría inhibido para identificar de manera oficiosa si la estimación judicial es o no conforme a derecho, por lo que el primer punto de apelación debió de ser declarado inadmisible.

Por lo anteriormente expuesto, se considera que lo correctamente aplicable al caso era declarar inadmisible ese motivo de apelación y como consecuencia mantener la detención provisional a la procesada […], así mi voto expuesto, a las once horas con treinta y cinco minutos del veintiocho de septiembre de dos mil dieciocho."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 285-2018, fecha de la resolución: 28/09/2018

ÍNDICE
LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES
DE CÁMARAS DE LO PENAL
2018

Agresión sexual en menor e incapaz 1

Requisitos que debe reunir la declaración de la víctima para ser el único elemento probatorio a tomar en cuenta al dictar una sentencia 1

Anticipo de prueba testimonial 1

Procede admitir declaración de víctima, incluso cuando no fuere menor de doce años 1

Bigamia 3

Consideraciones sobre el término para decretar la prescripción 3

Tipo penal que se perfecciona al momento de contraer un segundo o ulterior matrimonio 4

Procede absolución penal del imputado una vez se ha extinguido la acción penal, en razón del paso del tiempo establecido para la prescripción 4

Cadena de custodia 5

Ausencia de vulneración ante el cumplimiento de la obligación formal de hacer constar la recolección, embalaje, transporte, análisis y custodia de las evidencias 5

Definición legal y consideraciones jurisprudenciales 8

Ausencia de anomalías en cada uno de los actos en los cuales se ha visto involucrada la evidencia 10

Ausencia del informe de la Dirección Nacional de Medicamentos no equivale per se a que el delito de posesión y tenencia no se pueda acreditar, cuando existen otros elementos probatorios e indicios 13

Procede anulación de sentencia absolutoria por expresar argumentos y conclusiones que no son compatibles con los datos que se derivan de la prueba 16

Resoluciones pronunciadas por las cámaras de segunda instancia que anulan la sentencia o el juicio no admiten recurso de casación 17

Cámara Gesell 18

Instrumento procesal de protección a víctimas y testigos en la declaración, para evitar su revictimización 18

Puede aplicarse a cualquier persona en condición de vulnerabilidad y en todo tipo de proceso 18

Coautoría 20

Distribución de funciones entre diversos participantes, que abona a la realización del hecho o figura típica 20

Competencia por materia 21

Supuestos en que se pueden oponer las excepciones de previo y especial pronunciamiento, según su naturaleza y sus efectos 21

Clasificación de organismos ordinarios comunes y especializados encargados de ejercer permanentemente la competencia penal, según el legislador 22

Procedente decretar sin lugar la excepción dilatoria por incompetencia en la materia funcional, cuando el recurrente utiliza injustificadamente el recurso como una táctica dilatoria 22

Control difuso de la Constitución 24

Necesario que el juzgador explique con argumentos precisos el porqué inaplica un texto normativo contrario a la constitución 24

Control difuso es una facultad eminentemente judicial cuya inaplicabilidad le corresponden conforme a la Constitución 24

No es susceptible de declarar la inaplicabilidad de una disposición legal cuando ya existe pronunciamiento previo sobre un tema en particular por parte de la Sala de lo Constitucional 24

Detención provisional 25

Adopción de tal medida es un medio que garantiza la comparecencia del imputado al proceso y no una pena anticipada 25

Fumus bonis iuris y periculum in mora como presupuestos para su imposición 26

Penalidad del delito y posibilidad de salida alterna al proceso permite la sustitución por una medida menos gravosa 29

Debe ser considerada como última ratio 30

Determinación de la pena 32

Parámetros a valorar para su imposición o adecuación 32

Procede disminuir la pena cuando la reincidencia como circunstancia agravante de la responsabilidad penal ya ha sido derogada y, además no se ha acreditado tal situación con la documentación pertinente..... 33

Finalidad esencial del régimen penitenciario 34

Duda..... 35

Definición 35

Imposibilidad de ser aplicable por el juez de paz..... 35

Estafa agravada 36

Elementos para la configuración del dolo en el tipo penal 36

Principio de responsabilidad 37

Argumentación judicial tiene asidero probatorio y no ha existido vulneración al principio de responsabilidad 38

Excusa 42

Procede cuando el juez ha conocido previamente sobre elementos de prueba y hechos atribuidos a varios imputados, en atención al principio de imparcialidad judicial. 42

Falsedad documental agravada 43

Acta de notificación emitida por empleado público constituye un documento auténtico, pues éste se constituye en un fedatario público de los actos que realiza 43

Documentos que revisten de autenticidad con relevancia jurídica 46

Procede revocar sobreseimiento definitivo debido a que documento objeto material de la imputación es un documento auténtico con relevancia jurídica, en la que se configura la agravante de ser emitida por empleado público..... 50

Falsedad ideológica agravada 50

Consideraciones sobre el error de tipo vencible 50

Violación de las reglas de la sana critica al absolver al imputado alegando la concurrencia de un error de tipo vencible..... 54

No se puede excluir de responsabilidad al notario por delegar su función notarial a terceras personas 56

Procede anulación de sentencia absolutoria y remitir la causa a la Oficina Distribuidora de Procesos, para que designe el tribunal competente 57

Falsedad ideológica 58

Consideraciones jurisprudenciales respecto al principio de razón suficiente 58

Valoraciones normativas y doctrinarias respecto del tipo penal 60

Procede confirmar absolución, ante inexistencia de un dato objetivo que permita acreditar elementos cognitivos y volitivos del dolo 62

Feminicidio 65

Distinción entre íntimo y no íntimo 65

Establecimiento de violencia por parte del imputado 66

Correcta acreditación de la misoginia como elemento subjetivo, al advertirse que la muerte de la víctima estuvo precedida de incidentes de violencia 70

Fiscalía General de la República 74

Su intervención procesal debe estar debidamente acreditada 74

Fundamentación de la sentencia 75

Elementos principales 75

Anulación parcial de sentencia condenatoria por falta de fundamentación fáctica y jurídica 77

Parámetros para tener por establecida mínimamente motivada una sentencia 78

Procede anular condena ante la insuficiente fundamentación 81

Identificación del imputado 83

Consideraciones normativas 83

Ausencia de reconocimiento en rueda de personas, no significa que el imputado no se encuentre identificado 84

Consideraciones normativas y doctrinarias sobre la declaración testimonial de una víctima menor de edad 85

Existe configuración del delito de violación en menor o incapaz, sin importar que la menor haya tenido la voluntad y anuencia de tener relaciones sexuales con una persona mayor de edad 88

Procede confirmar la sentencia definitiva condenatoria, por cuanto se ha valorado el material probatorio conforme a las reglas de la sana crítica..... 89

Incumplimiento de los deberes de asistencia económica 90

Procede revocar la sentencia condenatoria por la falta de comprobación de la capacidad económica del sujeto obligado..... 90

Intervenciones corporales..... 93

Extracción de fluidos y práctica de prueba de ADN puedan realizarse fuera del plazo de instrucción, antes de la audiencia preliminar o incluso después de ésta, sin que ello implique una prórroga del plazo de instrucción..... 93

Necesario respeto al principio de proporcionalidad al realizarlos..... 95

Jueces y parte fiscal deben ejercer un rol más activo en lo concerniente a la protección y defensa de los menores víctimas de delitos..... 95

Necesario dar el trámite legal a los recursos de apelación que se interpongan y evitar hacer emplazamientos innecesarios, cuando la ley no prevé los mismos, para no generar dilaciones 97

Intervenciones telefónicas 98

Los dispositivos de escuchas deben ser implementados bajo el marco legal, para que sean admisibles como prueba de cargo 98

Procede su aplicación únicamente respecto a una delimitada lista de tipos delictivos 102

Improcedente aplicar intervención telefónica en delitos no contempladas en la ley especial y, que además adolecen de conexidad con aquellos delitos en proceso de investigación 104

Supuestos de conexidad en el proceso penal establecidos por la doctrina..... 106

Interferencia e intervención temporal de cualquier tipo de telecomunicaciones podrá autorizarse judicialmente de forma escrita y debidamente motivada 106

Constancia de información de escuchas en disco compacto y agregado al proceso como prueba documental, carece de valor probatorio como para acreditar la participación delincuencial del procesado en el delito de hurto..... 107

Procede confirmar absolución cuando el juzgador ha valorado integralmente el material probatorio, conforme a las reglas de la sana crítica..... 109

Juicio por jurado 111

Características 111

Lavado de dinero y activos 111

Características constitutivas respecto de las medidas cautelares..... 111

Consideraciones normativas y jurisprudenciales sobre el congelamiento de bienes, cuentas que contribuyen para el lavado de activos 113

Congelamiento de bienes es una medida cuatelar de carácter temporal y excepcional, conforme al principio de proporcionalidad 114

Procede anular la medida cautelar de inmovilización de productos financieros, cuando el juzgador ha omitido realizar una justificación objetiva conforme al principio de proporcionalidad..... 116

Nociones del dolo aplicadas al delito de lavado de dinero y activos 119

Indicios que permiten admitir la concurrencia razonable del dolo eventual..... 122

Correcta aplicación de la detención provisional por parte del juez, al advertir elementos suficientes de gravedad y suficiencia respecto a la existencia del tipo penal..... 123

Consideraciones normativas con respecto al tipo penal..... 131

Valoraciones doctrinarias relacionadas al sobreseimiento provisional 133

Evaluaciones doctrinarias y jurisprudenciales respecto de la autonomía y configuración típica del delito 134

Suficiencia de elementos probatorios permite al tribunal ad quem tener la convicción suficiente respecto de la existencia del delito y la participación delictual del procesado..... 136

Pilares fundamentales sobre los que descansa el blanqueo de capitales basado en indicios, según jurisprudencia internacional..... 138

Conducta descriptiva del tipo penal recae en la ocultación o camuflaje del dinero ilícito percibido 139

Fases constitutivas que permiten la materialización del tipo penal 140

Inoperante aplicar la prescripción en el delito de blanqueo de capitales, debido a que tiene una serie de fases concatenadas y sistematizadas para su configuración..... 142

Derecho internacional considera que este tipo penal debería ser considerado de lesa humanidad y perseguible en cualquier parte del mundo, por el hecho de poner en riesgo a las instituciones democráticas y la estabilidad de las naciones 144

Procede confirmar detención provisional cuando existen los elementos probatorios suficientes 146

Libertad condicional 151

Procede confirmar la resolución que otorgó el beneficio por el delito de secuestro, por ser facultad del juez 151

Libertad de circulación 153

Vulneración, cuando se dificulte o impida de manera injustificada el libre desplazamiento de un sitio a otro 153

Maltrato infantil 154

Diversidad de manifestaciones 154

Declaración testimonial rendida por el menor en Cámara Gesell permite establecer que las acciones cometidas por la imputada son constitutivas del delito tipo 155

Procede confirmar condena cuando ha existido una correcta y coherente valoración de la prueba, conforme a las reglas de la sana crítica 158

Medidas cautelares patrimoniales 158

Improcedente aplicar contracautela por no ser susceptible de perjudicar intereses procesales, según el art.448 PRCM 158

Correcta motivación por remisión judicial conforme al principio de proporcionalidad, al aplicar la medida cautelar de congelamiento de cuentas y anotaciones preventiva de bienes 159

Medidas cautelares 162

El juez está obligado a exponer de forma clara, precisa, suficiente y amparada en el caso concreto las razones para decretarlas 162

La prohibición legal de otorgar medidas sustitutivas para ciertos delitos no habilita una aplicación mecánica y automática de la detención provisional 163

Deben justificarse los motivos de fuerza mayor para la ampliación de la detención por el término de inquirir 164

Medidas sustitutivas a la detención provisional 165

Suficiente acreditación de yerro judicial y su incidencia sobre la detención provisional decretada por el juez, al no tomar en cuenta elementos objetivos relativos a la imputación fiscal 165

Procede decretar arresto domiciliar a la procesada por ser una medida idónea que permite mantenerla vinculada al proceso 169

Motivación de la sentencia 169

Deber de todo funcionario judicial 169

La motivación aparente es considerada un vicio del análisis intelectivo 170

La fundamentación probatoria descriptiva no sustituye la fundamentación fáctica, jurídica e intelectiva 170

Su ausencia vulnera la garantía constitucional al debido proceso y genera la anulación de la sentencia 172

Nulidad absoluta 173

Procede cuando se decreta sobreseimiento definitivo bajo preceptos normativos equívocos o incorrectamente aplicados por parte del juzgador, respecto del cumplimiento de la conciliación 173

Peculado 175

Consideraciones jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional respecto a la tarea de fiscalización que realiza la sección de probidad y la corte de cuentas de la república 175

Requisitos para su configuración 179

Administración de fondos impone a todo empleado o funcionario público deber de vigilancia respecto de toda actuación que implique la gestión del erario 180

Correcta interpretación de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, por existir una adecuada apariencia de buen derecho 181

Posesión y tenencia 182

Auto consumo es una conducta autorreferente que no puede ni debe tener relevancia en el ámbito penal, por formar parte de la libertad y desarrollo personal de cada individuo 182

Procede revocar detención provisional cuando el juzgador omite analizar circunstancias objetivas y subjetivas de la conducta, desde una perspectiva autorreferente de consumo de droga 187

Consideraciones para efecto de imponer de la pena judicial 189

Consideraciones jurisprudenciales respecto de las conductas autorreferentes y sobre los elementos constitutivos del autoconsumo de drogas 191

Procede confirmar condena cuando el juzgador ha establecido correctamente los límites mínimos y máximos entre los que oscila el quantum penológico 195

Prescripción de la acción penal..... 197

Clasificación de los delitos según la dogmática penal, de conformidad a su forma de ejecución..... 197

Cómputo de los plazos a tomar en cuenta como punto de partida..... 199

Acción penal no prescribe mientras no se haya cumplido con el límite máximo de la pena de prisión, con respecto al delito de uso y tenencia de documentos falsos 201

Procede revocar el sobreseimiento definitivo cuando el delito no ha prescrito en ninguna de las ópticas reguladas en el Código Procesal Penal..... 202

En los delitos de resultado, la acción típica se escinde del resultado lesivo que acontece, el delito no se entiende consumado con la conducta ejecutada -sea acción u omisión según el caso- sino con el resultado producido..... 204

La fecha en que acontece el resultado lesivo es la determinante para el cómputo de la prescripción..... 206

Procedimiento abreviado..... 207

Requisitos para su procedencia..... 207

Tribunal ad quem advierte un correcto cumplimiento de los requisitos formales para la tramitación de dicho procedimiento 209

Existe una correcta valoración en su conjunto del material probatorio desfilado en juicio y una adecuada aplicación de los acuerdos previamente contraídos por las partes procesales, en virtud del procedimiento abreviado..... 210

Procede confirmar condena, ante la existencia de un análisis integral de la prueba producto de la acreditación del delito de lesiones graves..... 213

Visto como una alternativa a la vista pública y aceptado por las partes..... 213

Prueba de referencia..... 214

Consideraciones normativas y doctrinarias sobre el testimonio de referencia, aplicado al tenor del principio de libertad probatoria..... 214

Carácter excepcional de la prueba testimonial de referencia 214

Procede anular absolución cuando el juzgador ha realizado una errónea aplicación de un precepto legal y un rechazo indebido de la oferta probatoria de tipo referencial..... 216

Juez aquo omitió aplicar el artículo 221 del Código Procesal Penal, en cuanto a la admisión y ofrecimiento de la prueba de referencia 219

Procede revocar la condena ante la falta de medios de pruebas útiles para vincular al imputado en los hechos que se le atribuyen..... 222

Recusaciones 223

Consideraciones sobre la obligación de los funcionarios y empleados obligados por ley a declarar el estado de su patrimonio 223

Evaluación con respecto a la existencia de indicios suficientes para presumir el enriquecimiento ilícito 225

Procede declarar ha lugar cuando se determina que han existido criterios preconcebidos y razonables en una decisión extrajudicial en fase administrativa, en cuanto a la valoración de elementos probatorios 226

Reenvío de la causa 228

Adecuada en procesos de apelación donde procede la anulación de la sentencia 228

Reglas de la sana crítica..... 229

Método de valoración de prueba que le sirve al juez como medio para apreciarla, a través de la aplicación de las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia común .. 229

Leyes del pensamiento que sustentan el principio lógico..... 230

Requisa personal..... 230

Aspectos relativos a la información obtenida de una persona intervenida como sospechosa 230

Policía no tiene permitido realizar preguntas incriminatorias o inculpatorias a un sospechoso o imputado porque constituye un ilícito de compulsión policial..... 231

Toda información derivada de preguntas incriminatorias por parte de la policía constituye prueba ilícita 232

Procede confirmar la absolución, por ausencia de vicio ante la correcta exclusión de prueba de carácter ilícito..... 233

Allanamiento y registro de vivienda del imputado se considera ilegal, al no tener un consentimiento libre, espontaneo y pleno 234

Responsabilidad civil..... 236

Consideraciones normativas y jurisprudenciales sobre su conceptualización..... 236

Imposibilidad de aplicarla automáticamente cuando ha sido debidamente acreditado que el procesado no es responsable de los hechos ilícitos que se le imputan..... 239

El juez de tránsito tiene excepcional competencia para conocer de la acción civil derivada de un accidente de tránsito, está facultado para pronunciarse sobre la prescripción de la misma 240

Obligación del querellante de probar o aportar elementos de convicción que permitan al juzgador acreditar y cuantificar el daño causado..... 242

Conforme a los criterios de equidad y razonabilidad es obligación del juzgador motivar la sentencia, tanto en la determinación de la responsabilidad penal como civil..... 243

Procede declarar la nulidad de la sentencia condenatoria, así como de la responsabilidad civil 244

Robo de vehículos automotores..... 246

Escasa identificación nominal que brindó el testigo en el juicio oral no es decisiva como para dudar de la identidad del imputado..... 246

El legislador al establecer en el tipo penal la violencia como medio para cometer el ilícito, no distingue que debe ser de una forma especifica 248

Sana crítica 249

Vicios de la sentencia que violentan las reglas de la sana crítica 249

Sistema acusatorio mixto..... 250

La afirmación de la culpabilidad requiere prueba plena, total y completa, en cumplimiento del principio de presunción de inocencia 250

Al concurrir prueba de cargo y descargo debe necesariamente imponerse una sobre la otra, para sostener motivadamente la resolución judicial 251

Los testigos protegidos exigen un estándar de prueba calificado 252

Sobreseimiento definitivo..... 253

Autoridades judiciales facultadas para decretarlo..... 253

Puede decretarse por falta de prueba fundamental para demostrar los hechos sustanciales de la acusación..... 255

Posibilidad de proveerse únicamente en los casos que la ley expresamente señala, con estricto cumplimiento de las formalidades que la providencia amerita 257

Procede ante la inexistencia de responsabilidad penal que lesione o ponga en peligro el bien jurídico..... 257

Supresión, destrucción u ocultación de documentos verdaderos 259

Procede confirmar absolución cuando las actuaciones del imputado no permiten determinar la existencia del dolo, puesto que el extravío de documentos no encaja en ninguno de los verbos rectores del tipo penal..... 259

Tráfico ilícito 261

Delito que para su consumación no precisa de un resultado material, puesto que los verbos rectores incluidos en la descripción típica de la disposición legal involucran una variedad de modalidades..... 261

Definición de transportar..... 261

Errónea calificación de la conducta como posesión y tenencia cuando se evidencia que la finalidad del sujeto activo es trasportar droga..... 262

Tribunal de segunda instancia..... 263

Imposibilidad de recurrir en casación las resoluciones que anulan la sentencia o el juicio..... 263

Uso y tenencia de documentos falsos 263

Juez de paz puede dictar sobreseimiento sin estar subordinado a la petición fiscal, en los casos que la ley establece la procedencia 263

Procede confirmar sobreseimiento definitivo porque la imputación se encuentra fundada en una visión causal contraria al principio de culpabilidad 264

Valoración de la prueba 267

Aplicación de las reglas de la sana crítica 267

Prueba testimonial debe ser examinada en conjunto con el resto de medios probatorios incorporados al juicio..... 270

Ausencia de vicio alegado debido a que la prueba no fue ofrecida ni admitida oportunamente 271

Análisis bajo un sistema de libertad probatoria exige un razonamiento conforme a las reglas de la sana crítica y una debida fundamentación..... 272

Violación en menor o incapaz..... 272

Procede confirmar sobreseimiento definitivo, cuando sucedieron los hechos se encontraban vigentes disposiciones del Código de Familia que regulaban la posibilidad de contraer matrimonio con personas menores de dieciocho años 272

Voto discordante de la señora magistrada Ana Victoria del Rosario Martínez de Blanco 276

Recusación 276

Improcedente mientras no se logre demostrar una vulneración a la imparcialidad judicial y, no logre dilucidarse alguna postura del juzgador que demuestre un criterio preexistente en contra de los imputados 276

Voto discordante parcial de la señora magistrada Ana Victoria del Rosario Martínez de Blanco respecto de la detención provisional de la imputada Vanda Guiomar Pignato 277

Inadmisibilidad del recurso de apelación 277

Procede su declaratoria ante la ausencia de ideas claras que fundamenten y motiven la inconformidad del recurrente..... 277