LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE CÁMARAS DE SEGUNDA INSTANCIA EN MATERIA PENAL 2019

Corte Suprema de Justicia
Centro de Documentación Judicial

San Salvador, 2022

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:
Ing. Ana Mercedes Mercado Cubías

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

Corte Suprema de Justicia
2022

Lic. Óscar Alberto López Jerez
PRESIDENTE

Sala de lo Constitucional

Lic. Óscar Alberto López Jerez
PRESIDENTE

Lcda. 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 de Fuentes
PRESIDENTA

Lic. Roberto Carlos Calderón Escobar
VOCAL

Lic. Miguel Ángel Flores Durel
VOCAL

Sala de lo Contencioso Administrativo

Dr. Enrique Alberto Portillo Peña
PRESIDENTE

Lic. José Ernesto Clímaco Valiente
VOCAL

MSc. Sergio Luis Rivera Márquez
VOCAL

Lcda. Paula Patricia Velásquez Centeno
VOCAL

SECCIÓN DE DERECHO PENAL
DEL CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL

Coordinadora: Lcda. Karen Yasmín Hernández Salmerón

Colaboradores: Lcda. Lesli Raquel Cruz
Lcda. Celia Majano Flores
Lic. Martín Orvins Méndez Ayala

La edición de las sentencias judiciales es responsabilidad del Centro de Documentación Judicial

LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE CÁMARAS DE SEGUNDA INSTANCIA EN MATERIA PENAL 2019

ACOSO SEXUAL

CRITERIOS ORIENTATIVOS DE VALORACIÓN DE LA INFORMACIÓN APORTADA POR LA VÍCTIMA

"**24**. Cada caso presentado ante los Tribunales merece un análisis individualizado, atendiendo a la particularidad de los hechos imputados y a las condiciones propias de la víctima, entre las que cabe señalar, además de su edad cronológica, su mayor o menor grado de escolaridad, la capacidad que tenga para darse a entender por medio de la palabra, lo que incluye la formación recibida dentro de los contextos familiar y social en los que se ha desarrollado. Esto significa que la información que proporcione la víctima no puede ser desechada ni tenida por cierto per se, sino que es necesario someter la mismas a un minucioso examen de acuerdo a los criterios orientativos de valoración. Sólo a través de una correcta aplicación de los referidos criterios será posible determinar si la información aportada por la víctima [---], puede ser calificada como fiable.

25. Los anteriores criterios son: 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:*** derivada de las relaciones entre acusador y acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o circunstancia de cualquier otra índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

26. Debe aclararse que la existencia de sentimientos negativos es válida, siempre y cuando estos sean como consecuencia de la actividad ilícita que se cometió en perjuicio de la víctima, es decir, que la víctima sienta rencor u odio hacia su agresor, es normal ya que como seres humanos estamos dotados de sentimientos positivos y negativos, y la forma de reaccionar ante determinadas conductas varía según la persona, lo importante es que dicha negatividad debe ser identificada a partir del cometimiento del ilícito, y no al contrario, que, por existir sentimientos contra determinada persona, se haga la denuncia con la finalidad de afectarla.

27. La víctima señor [...] y la imputada […] mantuvieron una relación de pareja, que por razones que no se expresaron en vista pública, finalizó, a partir de esa relación sentimental es que se han originado todos los inconvenientes que más adelante serán relacionados, no obstante, la denuncia hecha por la víctima, no se debe a algún tipo de móvil o sentimiento negativo contra la imputada, sino que fue con la finalidad de poner un alto a las conductas indeseadas que estaba recibiendo por parte de la encartada, dijo: *"su persona le decía que no podía continuar, que no podían tener relaciones sexuales, que puso la denuncia a los pocos días que terminaron la relación, que esas situaciones se dieron hasta que*

él puso la denuncia ". Por lo que, en el ánimo de la víctima no se advierte ningún móvil espurio.

28. 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. La víctima señor [---], tiene cuarenta y ocho años de edad, es factible afirmar que la víctima es una persona normal que tiene las capacidades mentales para poder expresar los hechos, no existiendo respecto de él, limitante alguna que determine la existencia de problemas mentales, de su testimonio se advierte el conocimiento sobre los acontecimientos que le sucedieron, de acuerdo a la lectura de su declaración se advierte claridad, no se advierten circunstancias que indiquen que la víctima tenga problemas psiquiátricos o psicológicos que hagan dudar que los hechos sucedieron tal como los relata, ha narrado circunstancias que están dentro de la realidad y que dentro del marco probatorio han sido plenamente establecidas, *-a diferencia de lo establecido por el Juez de Sentencia-.*

29. 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. En éste caso, la víctima [---], ha narrado un relato lógico y coherente, no se verifica que en el mismo existan elementos irracionales. Siguiendo con los elementos corroborativos de la declaración de la víctima, ***ii) corroboraciones 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.,

30. Aquí conviene analizar el contenido del Peritaje Psicológico de la víctima de fecha 24 de abril de 2018, realizado por el Licenciado […], (Fs. 9 al 11) en el que se concluyó: […] 1- Presenta un estado ansioso-depresivo reactivo a situación traumática producto de la situación que relata […] Por lo general las personas que han sido víctimas de hostigamiento sexual, en su mayoría presentan una sintomatología, que puede variar dependiendo de la personalidad de la víctima, lo cual dependerá también de la gravedad del ataque y el daño producido, lo cual se puede ver reflejado en la conducta de las mismas, las que pueden presentar entre otras cosas, ansiedad, enojo, tristeza, rechazo a otras personas, odio, etc., sin embargo esta consecuencia no puede ser medida o estandarizada de acuerdo a la agresión sufrida, sino que esto dependerá y por ello variará la sintomatología que presente, de las condiciones sociales y personales del sujeto pasivo del delito, así como del nivel cognitivo de esta persona para entender la gravedad del acontecimiento del cual ha sido víctima y la capacidad de asimilar el mismo."

"**33.** Otro punto a analizar es: ***c) la persistencia en la incriminación:*** ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la tutela que proclama la persona acusada de hacer valer su presunción de inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de ésta es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su falsedad. Las circunstancias y contradicciones en éste caso jamás

fueron evidenciadas; la víctima señor [---] no ha señalado a otra persona como la agresora, sino que única y exclusivamente a la procesada.

34. Se cuenta con peritaje psicológico, del 24 de abril de 2018, se lee : […] la última vez la encontró saliéndose de su casa... diciéndole que quería tener sexo con él ahí en el pasaje... cuando él llega a su casa cierra la puerta y ella insiste y golpea la puerta, poniéndose a gritarle. Que le ha tocado sus órganos genitales, le dice que no aguanta las ganas […] (Fs. 10) Se debe aclarar, que los relatos que las víctimas comúnmente hacen a los peritos del Instituto de Medicina Legal, no constituyen prueba, únicamente ayudan a contextualizar al perito sobre los hechos que le acontecieron, pero constituye una narración hecha por la víctima, por lo tanto, adquiere relevancia y puede ser sujeta a valoración, en su conjunto, con la declaración que rindiere la víctima en la vista pública, con la finalidad de verificar si durante las oportunidades procesales que la víctima tuvo que declarar sobre los hechos, lo hizo bajo un mismo orden de ideas y de forma congruente.

35. Tales relatos no son una declaración testimonial, 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.

36. Finalmente, la víctima [---] en audiencia de vista pública dijo: *"ella me decía que hiciéramos el amor, que era su deseo, que quería estar con él le decía que tuvieran relaciones sexuales afuera de su casa, le tocaba sus partes genitales y le decía que fueran a tener relaciones sexuales... "*. Nótese, como la víctima ha sido preciso y conciso, al referir los hechos que le acontecieron, la versión de los mismos no ha variado con el paso del tiempo, ha sido consistente en relacionar lo que le sucedió.

37. A diferencia de lo plasmado por el Juez de Instancia, ésta Cámara considera que el testimonio de la víctima debió ser valorado de forma diferente, es importante que el juez no se limite a la simple trascripción del testimonio de las víctimas y demás medios de prueba; al contrario, es necesario ampliar el examen de la prueba testifical, en consonancia, con otros elementos objetivos periféricos, y explicar cuáles son las razones por las que se estima la fiabilidad de la prueba, con expresión tangible de argumentos debidamente razonados, con el objetivo de fundamentar la sentencia definitiva."

GRADO DE AFECTACIÓN EMOCIONAL COMO CONSECUENCIA DE UN HECHO CON CONTENIDO SEXUAL

"**31.** Un cuadro psicológico, implica en algunos casos lesiones psíquicas que pueden desaparecer con el transcurrir del tiempo o con el apoyo psicológico adecuado; y en otros, las secuelas emocionales que persisten en la persona en forma crónica como consecuencia de un suceso sufrido y que a *posteriori*

afectan el desarrollo de la vida cotidiana; como ha sucedido en éste caso, que la víctima ameritó tratamiento psicológico durante 3 meses, ello es a consecuencia del estado ansioso-depresivo que presentó a consecuencia de los hechos que le sucedieron, del peritaje se lee: […] evaluación forense: ansiedad, depresión, sentimiento de daño, preocupación por lo que le pueda pasar, no vive tranquilo, trastornos de sueño, malestar psicológico, temor que haga cosas que lo puedan incriminar […] (Fs. 11) ese daño psíquico es la consecuencia de un suceso negativo que desborda en la capacidad de afrontamiento, adaptación o sentimientos negativos como vergüenza, humillación, ira, ansiedad.

32. Ahora bien, el grado de afectación emocional como consecuencia de un hecho con contenido sexual, se encuentra supeditado a diferentes factores, entre ellos, el nivel de inteligencia, la fragilidad emocional, el desarrollo psicológico y cognitivo, entre otros; circunstancia que conlleva a inferir que las secuelas de trastornos producidos como consecuencia de ser víctima de ellos, dependerá de la intensidad del ataque sufrido, así como de las circunstancias psíquicas y emocionales desarrolladas por cada persona; pues en algunos casos, el sujeto pasivo de un hecho criminal no presenta mayor afectación o daño psicológico como resultado de la conducta ilícita, pero ello no es óbice para determinar la existencia de la acción delictiva. No obstante, ese no es el caso, puesto que como ya se ha señalado sí existe afectación emocional producto de los hechos vividos."

EL JUEZ DEBE DE VALORAR EL CONTENIDO DEL PERITAJE PSICOLÓGICO PRACTICADO A LA VÍCTIMA

"**38.** Así, del contenido de la Sentencia Absolutoria dictada por el Juez Primero de Sentencia, se advierte lo siguiente: **[i]** *no existe una verdadera valoración probatoria de todos los medios de prueba:* el Juez sobre el contenido del peritaje psicológico, dijo: […] Además, de los restantes medios de prueba valorados, únicamente tienen especial relevancia los peritajes psicológicos practicados a ambos por el mismo psicólogo forense, y en la encartada se destaca la ausencia de un juicio crítico y en el señor [---], que presentaba un estado ansioso depresivo, reactivo a situación traumático, lo cual significa una afectación emocional, producto de una situación que relata, por lo cual amerita un tratamiento psicológico durante tres meses, y que en relación a la persona denunciada […] había que completar un estudio que ameritaba incluso un peritaje psiquiátrico o un estudio social, por lo que él señaló como una conducta anormal relatada [...] (Fs. 72vto.)

39. El Juez Primero de Sentencia, no realizó valoración alguna sobre el contenido del peritaje psicológico practicado a la víctima [---], solo se dedica a transcribir las conclusiones del peritaje de forma resumida, es decir, solo indica que fue lo que el perito psicológico concluyó, y lo mismo hace con respecto al contenido del peritaje psicológico, que fue practicado a la imputada […] no obstante, como ya se ha señalado, sí existe un daño psicológico que ha sido a consecuencia de los hechos vividos, circunstancia que no fue tomada en cuenta por el Juez Primero de Sentencia."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-378-SC-2018, fecha de la resolución: 03/01/2019

DEFINICIÓN Y ELEMENTOS QUE LO CONFIGURAN

"Ha de entenderse que el acoso es un comportamiento que puede desarrollar una persona contra otra y que se caracteriza por el reiterado hostigamiento y persecución y que tiene la misión, el objetivo, de lograr que la otra persona acceda a hacer aquello que se le exige insistentemente.

La figura penal de **ACOSO SEXUAL**, contendida en el Art. 165 Pn., literalmente expresa: ***"El que realice conducta sexual indeseada por quien la recibe, que implique frases, tocamiento, señas u otra conducta inequívoca de naturaleza o contenido sexual..."*** (Sic); de donde se desprende que la conducta sexual que alude el precepto se refiere a solicitar, pedir o pretender, mediante los verbos expresados en la norma de indiscutible carácter lascivo, favores sexuales, sometiendo al sujeto pasivo a un clima de hostigamiento, con reiteradas alusiones obscenas o invitaciones libidinosas; pudiendo incluirse aquellas acciones que impliquen contacto corporal leve, sorpresivos, esporádicos o con apariencia de accidentales, como las conductas verbales y no verbales –señas- con tinte sexual, siendo este el espíritu de la inclusión de la reforma, debiendo recordarse también, que semánticamente, conductas de acoso, son las reiteradas solicitudes de favores sexuales aunque no se llegue al contacto físico.

Dentro de la conducta típica debe determinarse una línea separadora entre flirteos o actitudes románticas y el propio acoso sexual. Esta línea está fijada por la actitud que asume al respecto la persona afectada, que debe ser de claro rechazo. La atención sexual se transforma en acoso cuando no es aceptada y se le rechaza. Por ello, dentro del tipo subjetivo suele decirse que es más importante, al efecto, advertir cuál es la conducta del receptor, más que la propia intención de quien lo pretende; a veces, una primera tolerancia aviva los ánimos del agresor para continuar con sus propuestas o acentuar su conducta.

De lo anterior se tiene que, si bien es cierto, en nuestra legislación el elemento de la **"reiteración"** no aparece expresamente contemplado en los verbos requeridos por la configuración del tipo penal de Acoso Sexual, ha de entenderse que, de su misma naturaleza conceptual y nominación legal, en nuestro ordenamiento jurídico, deviene que dicho comportamiento debe ser reiterativo.

En ese respecto, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución clasificada al número (**148C2013**) de las ocho horas del día veinticinco de noviembre de dos mil trece, se ha pronunciado en los términos siguientes: *"...constituyen Acoso Sexual, las propuestas, insinuaciones, o conductas que tienen el carácter de reiterativo, constantes, persistentes, de naturaleza sexual, que pueden ser verbales, físicas o visuales...comentarios gráficos o degradantes, lenguaje de naturaleza sexual continuo y frecuente... contactos físicos desagradables o abusivos...éstas deben ser conductas inequívocas de contenido sexual indeseados por quien las recibe…"* (Sic).

Así también, el mismo Tribunal casacional en su resolución clasificada al número (**121C2014**), de las once horas y cinco minutos del día veintiocho de noviembre de dos mil catorce, sostiene lo siguiente: *"…*en el Acoso Sexual se requiere que la conducta sea habitual o tenga cierta permanencia en el tiempo, para que se configure el hostigamiento, pues se exige, como bien lo señala En-

rique Orts, que la continua solicitud de favores sexuales provoque en la víctima una situación objetiva de degradación, hostil o humillante, que no le permita desenvolverse en su entorno con libertad y sosiego. (Orts Berenguer, E., en Lamarca Pérez C., y otros, Derecho Penal, Parte Especial, 6a Edición, Colex, Madrid, 2011, Pág. 243)"."

Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, número de referencia: 444-2019, fecha de la resolución: 09/12/2019

ACTA DE CAPTURA

UTILIDAD Y CARÁCTER COMPLEMENTARIO

"Número 2. Otro aspecto a examinar previo al pronunciamiento resolutivo de cada punto de impugnación, es el relativo al valor del acta de captura y la relación que hace el recurrente respecto de la cadena de custodia, dentro de un proceso penal; partiendo de ello, no debemos confundir la prueba documental que regula el artículo 372 del Código Procesal Penal con las simples diligencias de investigación que se han plasmado en un papel en la etapa inicial de la investigación y que se les denomina "actas policiales".

Esto debido a que, el artículo 311 del Código Procesal Penal establece que: "Las diligencias practicadas constarán en actas... [...] Solo los medios de prueba reconocidos en este Código tendrán valor para probar los hechos en el juicio; las demás actuaciones de la instrucción carecerán de todo valor". Lo anterior cobra aun mayor sentido, en la fase del juicio oral, en el que se requiere en virtud del debido proceso, la inmediación del Juzgador con las partes y particularmente con la pruebas presentadas por tales sujetos procesales, así también debe garantizarse la debida contradicción que ambas partes puedan realizar del material probatorio presentado por su contraparte, de ahí que el legislador estableció que por el principio de oralidad en el caso de la prueba testimonial, todos los testigos que tengan una información relevante al hecho delictivo deben de llegar a declarar frente al Juez y bajo el control de las partes, lo cual no se logra con la simple lectura de las actas en este caso sub examine que se cuestiona como lo es el acta de captura, de tal forma que el Juzgador debe prestar suma atención al testimonio que él directamente perciba en juicio, y el acta sirve únicamente como instrumento de confrontación más no está revestido de autonomía ni de valor probatorio per se.

Número 2.1 Como ha sostenido la jurisprudencia emanada de esta entidad judicial, debe observarse que para el caso de las actas de capturas, éstas poseen un eventual carácter complementario, ya que no se obtiene valor probatorio al ser ingresadas por su lectura, de hecho el introducirla de tal manera implica un yerro, puesto que el legislador, no previó para dichos casos, lo que si prevé en el art. 372 Pr. Pn, para los actos urgentes de comprobación, la prueba anticipada, los reconocimientos, entre otros, que taxativamente sí dispuso su introducción por su lectura, y que al formar parte del juicio se exige su imperiosa valoración, pues el acta de captura no constituye ninguno de esos supuestos, no se compo-

ne como prueba documental, máxime cuando se cuenta con el medio de prueba propio de un sistema oral acusatorio para acreditar lo consignado en las actas, siendo entre otros los testigos policiales que realizaron la captura del procesado, mismos que sí serán objeto de análisis en esta sede judicial a fin de resolver la inconformidad planteada por la defensa técnica en su recurso.

De tal manera que hay que tener claro que el acta de captura, sirve primordialmente para documentar físicamente, la forma y modo de la privación de libertad de una persona de quien exista sospecha fundada que ha cometido un delito, pero en ningún caso puede suplir a la prueba testimonial; si así fuera, se trataría como una prueba anticipada que haría disfuncional la prueba testimonial, es sólo complementaria y puede ser objeto de valoración cuando concurre con otras pruebas relevantes como la testimonial; no se trata, pues, de una prueba autónoma, de manera que no podemos extraer o deducir exclusivamente de ella los extremos procesales de la existencia del delito ni la participación de los encausados."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-11-19-11AI, fecha de la resolución: 27/03/2019

ACTAS POLICIALES

CONSIDERACIONES SOBRE EL VALOR PROBATORIO OTORGADO POR EL ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL

"Bajo esa perspectiva, las "ACTAS" (ya sean actas de procedimientos policiales, actas de entrevistas, entre otras), que menciona el citado art. 311 CPP., son analizadas principalmente por los **jueces de paz o jueces de instrucción** para imponer una medida cautelar, o para decidir si sobresee o pasa a juicio entre otro tipo de decisiones, pero cuando entramos ya a la fase del JUICIO ORAL, el panorama para el **juez de sentencia** ya no es el mismo, pues allí el legislador estableció que por el principio de **oralidad** en el caso de la **prueba testimonial,** todos los testigos que tengan una información relevante al hecho delictivo **deben** de llegar a declarar frente al juez y bajo control de las partes, ejemplo de este deber de llegar a declarar está en el art. 203 CPP que regula: *"...toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado sobre los hechos que se investigan,* ***salvo las excepciones establecidas por la ley",*** incluso en el caso de los agentes encubiertos el art. 215 CPP establece: *"Los funcionarios y empleados o agentes de autoridad, que hayan participado en operaciones encubiertas, con autorización del fiscal, podrán declarar como testigos y sujetarse al régimen de protección cuando corresponda",* por otra parte el art. 371 CPP por su parte regula: *"La audiencia será oral; de esta .forma* ***deberán*** *declarar el imputado* ***y las demás personas*** *que participan en ella",* entonces el legislador es reiterativo que lo que una persona sepa de un hecho delictivo en su calidad de **testigo**, la forma para incorporar lo que sabe, **no es a través de "ACTAS"** sino a través de **su declaración testimonial**, esa es la regla general.

Lo anterior, nos lleva a tener que relacionar el art. 372 CPP., para saber qué tipo de **documentos**, pueden incorporarse solo por "lectura" al juicio oral, el cual regula: "**SOLO** pueden ser incorporados al juicio por su lectura: **1)** Los actos urgentes de comprobación practicados confirme a las reglas de este Código, **2)** Los testimonios que se hayan recibido confirme a las reglas de la prueba anticipada, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la comparecencia personal del testigo o perito, cuando sea posible. **3)** Las declaraciones o dictámenes producidos por Comisión o informe, cuando el acto se haya producido por escrito, conforme lo previsto por este Código, en caso de dictámenes podrá requerirse la comparecencia del perito. **4)** las declaraciones de coimputados rebeldes o ya sentenciados, si aparecen como participes del delito que se investiga u otro conexo. **5)** Los reconocimientos, la denuncia, la prueba documental o de informes realizadas conforme a la ley Todo otro elemento de prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura, para que tenga validez deberá hacerse previa autorización del tribunal, oyendo a las partes a quienes afecte la incorporación".

Véase que en ninguno de dichos numerales del art. **372 CPP** nos dice que el "ACTA DE DETENCIÓN O DE CAPTURA" puede incorporarse por su lectura, desnaturalizando el juicio oral; **con ello no estamos diciendo** que tales "actas policiales" puedan eventualmente utilizarse para **tratar de impugnar** por ejemplo un testigo policial que llega a declarar en vista pública (en tanto la policía hace constar ciertos detalles en dichas actas que se perpetúan), y ello si se puede hacer valer, de conformidad al art. 212 CPP, pero véase que ello ya es otra cosa diferente a lo que estamos analizando.

Dicho lo anterior, queda claro que el señor Juez le ha dado preponderancia a lo plasmado en un acta de diligencia policial, como es el **acta de detención**, como cuando el proceso era escrito y no oral, sabiendo que los agentes policiales no rindieron su declaración, en lugar de valorar con base a las reglas de la sana critica **la declaración de la víctima que sobrevivió la agresión**, como es clave "MARTE", así como el resto de prueba debidamente incorporada.

La Sala de lo Penal, en sentencia bajo referencia **56C2015,** de fecha 26 de junio de 2015, en lo pertinente dijo: Esta Sala, luego de analizar las diligencias que obran en el presente asunto, como lo expuesto en su sentencia por la Cámara de la Cuarta Sección del Centro, Santa Tecla, es que considera pertinente señalar, que tal como lo expresa el recurrente en su denuncia, hay determinados actos que **no pueden ser tenidos** eminentemente con carácter de prueba documental **y valorarlos de tal manera**, como en el caso de las actas elaboradas por los agentes policiales... **tales actas, por sí solas**, no son suficientes para acreditar la existencia de un hecho determinado... ", véase que la Honorable Sala de lo Penal es muy clara en analizar que **"por si solas"** tales actas policiales, como es el acta de detención no pueden acreditar un hecho determinado, y eso es lo que ha sucedido en el presente caso, pues los agentes policiales no llegaron a declarar a vista pública, por lo que todo lo cuestionado alrededor del ACTA DE DETENCIÓN, ha sido contrariando el sistema de valoración que prevé nuestra ley."

Cámara de la Cuarta Sección del Centro, número de referencia: 318-P-18, fecha de la resolución: 03/02/2019

ACTAS

DISTINCIÓN CON LOS AUTOS COBRA ESPECÍFICO INTERÉS EN MATERIA RECURSIVA

"1. Este Tribunal considera pertinente señalar que la Sala de lo Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sus sentencias 332C2014 y 164C2016, ha expresado cuestiones importantes relacionadas con la impugnación de decisiones documentadas solamente en actas, específicamente sobre la alzada de sobreseimientos definitivos, documentados únicamente en actas, cuestiones que deben ser advertidas a continuación:

3. En concreto, la mencionada Sala ya ha sostenido que la sola documentación de la decisión de sobreseer definitivamente en el acta de la respectiva Audiencia, esto es, sin emitir el respectivo auto de fundamentación, supone una infracción a la garantía del Juicio Previo y al Principio de Legalidad Procesal y que al no existir ese auto para que se cumpla con los requisitos preestablecidos por el legislador, se entiende que no hay resolución dictada conforme a la Ley.

El argumento que subyace en ese criterio jurisprudencial se origina de la distinción legal, entre el acto procesal jurisdiccional oral del dictado de la resolución y la emisión por escrito del auto o sentencia interlocutoria de sobreseimiento definitivo, siendo en ese caso el documento escrito en el cual el juzgador justifica su decisión en cumplimiento de la obligación de fundamentación preceptuada en el Art. 144 CPP., con observancia particular del contenido exigido en el Art. 353 CPP.

Esa distinción, entre acta y auto, cobra específico interés en materia recursiva porque, según lo detalla el Tribunal Superior en comento y en atención al texto de los Arts. 139 Inc. 2° y 143 CPP., las actas judiciales las redacta el Secretario del Juzgado o Tribunal, que es quien da fidelidad de las actuaciones del Juzgador y las decisiones que toma un Juez, se denominan: sentencias, autos y decretos; de tal manera - dice nuestro Tribunal de Casación Penal - que el Recurso de Apelación que está previsto en el Art. 354 CPP., es procedente contra la *"resolución-documento"* y no contra el dictado oral de la decisión documentada en el acta, aunque el agravio que se pretenda alegar se haya suscitado en la fase procesal del dictado de la decisión.

4. De lo anterior, es decir, del hecho que lo recurrible en apelación sea el auto - concluye la jurisprudencia citada - se deriva una consecuencia, consistente en que el cómputo del plazo legal para el ejercicio del recurso de apelación debe comenzar a contarse a partir del día siguiente al de la notificación del auto (Arts 167 Inc.1° CPP.) y no de la fecha del acta de la Audiencia Oral en la que se dictó la decisión.

Sin perjuicio de que los precedentes jurisprudenciales citados se refieren a la impugnación de sobreseimientos definitivos documentados solo en el acta de la respectiva Audiencia, el mismo criterio es aplicable a los casos en que únicamente se documente en un acta judicial la decisión de imponer o denegar una o más medidas cautelares, entre estas las medidas alternativas a la detención provisional.

Lo anterior, porque —como lo dice la misma Sala de lo Penal en su sentencia con referencia 281-CAS-2006— el Principio de Legalidad Procesal, le impide

al A Quo, por seguridad jurídica, crear procedimientos o modificar la estructura del juicio legalmente previsto (Arts. 15 Cn., 1 y 2 Pr. Pn.) y, porque, a la luz de los Arts. 464 y 468 Pr. Pn., lo apelable en materia procesal penal son los autos —por supuesto con las restricciones que impone el Principio de Taxatividad—.

En atención al criterio jurisprudencial argumentado, debe analizarse la forma en que Art. 334 del Código Procesal Penal ha sido redactado, en donde se señala sobre qué acto recae la eventual impugnación, expresamente reza: *"El auto que imponga la detención provisional o internación, o una medida sustitutiva o alternativa debe contener: 1) Los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo. 2) Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen y su calificación legal. 3) Los fundamentos, con la indicación concreta de todos los requisitos que motivan la medida. 4) La parte dispositiva con cita de las normas aplicables" .*

Aunado a lo anterior, la regulación de nuestra legislación en materia de recursos, señala que procede el recurso de apelación contra autos y sentencias, como rigen los capítulos I y II, del Título III del Libro cuarto de nuestro Código Procesal Penal. Sin lugar a dudas, la finalidad del legislador ha sido dotar como recurrible únicamente la resolución judicial —en este caso el auto- que por su propia naturaleza requiere la fundamentación idónea y necesaria para justificar la imposición de la medida cautelar, siendo insuficiente apelar del acta judicial en donde se consigna la imposición de la medida cautelar, ello en virtud de que dicha acta no garantizar diversas prerrogativas del imputado, tal como el derecho a la seguridad jurídica, derecho a una resolución motivada, que le permita con certeza reconocer los fundamentos de la decisión tomada por el funcionario judicial."

DECISIÓN DE IMPONER MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL DEBE SER CONSIGNADA EN AUTO

"4. En el caso en concreto, la decisión de imponer la detención provisional se ha documentado únicamente en un acta judicial, y por ello, se ha infringido el Principio de Legalidad Procesal, por lo que la alzada interpuesta será declarada improcedente y deberá ordenársele al Juzgado de Paz de Nejapa, a través de la licenciada Sonia Dolores Martínez González, en su calidad de Juez de Paz Titular, dé cumplimiento a los Arts. 4, 143, 144, 320, 334 y 341 CPP., en cuanto a que la decisión de decretar la aplicación de medidas cautelares alternativas o sustitutivas de la detención provisional sea consignada en un auto por separado con los fundamentos de hecho y de Derecho y que sea notificado ese auto en el medio o en el lugar admitido por las partes para recibir actos de comunicación procesal, quedando a las partes que se considera agraviada, expedito el derecho a recurrir oportunamente en apelación.

Resulta de importancia, manifestar que el auto deberá ser emitido sin necesidad de convocar a las partes a una nueva Audiencia Inicial, por cuanto no fue en esa Audiencia en que se cometió el equívoco detectado, sino que se trata de una omisión posterior."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-152-19, fecha de la resolución: 11/06/2019

REQUISITOS DE LAS ACTAS PROCESALES Y LAS REGLAS GENERALES PARA SU REDACCIÓN

"ii.- Sobre este punto es importante destacar que el Art. 139 Inc. 1° CPP establece: Cuando un funcionario judicial u otro funcionario público ha de dar fe de actos que realice o se cumplan en su presencia, elaborará un acta en la forma prescrita por las disposiciones de este Capítulo.

iii.- El Art. 140 CPP regula: "Las actas contendrán la fecha, el nombre y apellidos de las personas que asistieron y la calidad en que actuaron; en su caso, la inasistencia de quienes estaban obligados a intervenir, la indicación de las diligencias realizadas y de su resultado, las declaraciones recibidas, si éstas han sido hechas espontáneamente o a requerimiento y si se ha prestado juramento o promesa; previa lectura, la firmarán todos los intervinientes y, cuando alguno no pueda o no quiera firmar, se hará mención de ello. Si alguna de las personas es ciega o analfabeta, el acta será leída y suscrita por una persona de su confianza, dejando aquélla en todo caso la impresión digital del pulgar de la mano derecha o, en su defecto, de cualquier otro dedo que especificará el funcionario y si esto no fuere posible, se hará constar así, todo bajo pena de nulidad".

iv.- Las citadas disposiciones legales establecen las reglas generales a seguir en la redacción de actas en los distintos actos procesales, las cuales se realizarán cuando un funcionario judicial deba dar fe de lo que realice o se cumpla en su presencia, ello implica que la elaboración de un acta va encaminada a la acción de consignar de forma fidedigna en un documento la relación de un acto, determinando la manera en la que éste se desarrolló.

v.- Además, el Art. 143 Inc. 1° CPP estipula: *Las decisiones del juez o tribunal se denominarán sentencias, autos o decretos*. Luego identifica cada una de ellas -en su inciso segundo- de la siguiente manera: a) La sentencia *es la que se dicta luego de la vista pública para dar término al juicio o al procedimiento abreviado, así como la que resuelva el recurso de apelación o casación*; b) Auto *el que resuelve un incidente o cuestión interlocutoria o, en su caso, para dar término al procedimiento*; y c) Decreto *cuando sean decisiones de mero trámite*."

DIFERENCIA ENTRE LA REDACCIÓN DE UN ACTA Y DE UN AUTO

"**vi.-** Atendiendo lo anterior, es claramente perceptible la diferencia entre la redacción de un acta y la de un auto. En el acta se da fe del acto que se realizó en un tiempo determinado ante la autoridad judicial, detallando las particularidades y situaciones acaecidas en el desarrollo del mismo, en el auto el operador jurídico expone las razones de hecho y de derecho por las cuales resolvió en determinado sentido, es decir la descripción del iter lógico que siguió intelectivamente hasta llegar a su decisión, lo cual se denomina motivación; sin embargo, ello no implica que tal motivación se encuentre inhibida de consignarla en el acta."

Cámara de la Segunda Sección del Centro, número de referencia: INC-129-2019-PN, fecha de la resolución: 23/08/2019

ACTO DE NOTIFICACIÓN

CONSIDERACIONES SOBRE SU IMPORTANCIA PARA EVITAR LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PARTES Y EL PLAZO PARA EL ACCESO A LOS RECURSOS

"2. De lo anterior se obtiene que la notificación, para efectos procesales en primera instancia, informa a las partes interesadas en el proceso, con el objetivo de respetar el derecho de defensa consagrado en la legislación procesal, comprendido en su doble manifestación, -derecho de defensa del imputado- y -defensa de los intereses de la víctima- y amparado en materia constitucional, lo que implica un imperativo categórico para la autoridad jurisdiccional en cuanto a la tramitación y dirección del proceso; ya que la falta de notificación podría acarrear efectos negativos a alguna de las partes, y en un escenario más gravoso podría anular el proceso o parte del mismo. Más allá de eso, hay que resaltar que no solamente la falta de notificación podría hacer aparecer aquellos efectos negativos, **sino que también la realización del acto de manera irregular o negligente también podría provocar la aparición de efectos perniciosos para las partes, igualmente el establecer un equivocado plazo de apelación como consecuencia de no haberse notificado la decisión.**

Además de lo descrito anteriormente, en una instancia superior, la notificación sirve como base fundamental para determinar el cumplimiento de los requisitos exigidos relativos a la impugnación objetiva del recurso que se presente, concretamente cuando se realiza el análisis de temporalidad, lo cual constituye un requisito fundamental para decidir sobre la admisibilidad o no del escrito que se presente.

Dicho aspecto se vuelve de plena trascendencia en el acceso de la vía impugnativa, en virtud que forma parte de requisitos impuestos por el legisferante para acceder a la segunda instancia, permitiendo que se realice un segundo análisis de la decisión que se ataca.

Ahora bien, el artículo 160 CPP expresa de manera directa el modo en el cual se debe realizar el acta relativa a la notificación, dicho artículo expresa lo siguiente:

"Para notificar una resolución, se entregará al interesado una copia de la misma, donde conste el procedimiento en que se dictó.

Cuando el interesado lo acepte expresamente, se le notificará por medio de carta certificada o por cualquier medio electrónico que garantice su autenticidad, caso en el cual" el plazo comenzará a contar a partir del envío de la comunicación, según lo acredite el correo o el medio de transmisión."

Si bien es cierto, de la lectura de dicha disposición no se obtiene un modelo preciso en el que se lleve a cabo la notificación, es necesario que en el acta se señale de manera inequívoca el auto que se está notificando, pues dicha cuestión además de brindar mejo control administrativo, implica que exista certeza de las actuaciones judiciales en primera instancia de las cuales se está notificando. De lo contrario, será posible concluir que el acto de comunicación se ha realizado de manera negligente por parte del Juzgado encargado de llevar a cabo dicha actuación, determinando que se ocasiona un efecto negativo a las partes interesadas.

Igualmente, es contrario a la certeza, establecer la fecha de notificación a una de las partes procesales, cuando un Juzgado plasma un plazo de apelación sin existir ninguna notificación de resolución alguna y posteriormente notifica a la parte que supuestamente le había conferido un plazo para apelar previamente."

PROCEDE DECLARATORIA DE NULIDAD POR EXISTIR DUPLICIDAD DE PLAZOS PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

"3. Retomando el presente caso y en atención a las anteriores consideraciones, el Juzgado de Paz de Tonacapateque, mediante auto de las ocho horas con treinta minutos del día siete de enero de dos mil diecinueve, impuso el primer plazo a la acusación pública, señalando en su auto que le nacía el derecho de apelar desde el día cuatro de febrero, el cual terminaría el ocho de febrero, lo anterior fue realizado en plena inobservancia de los artículos 155 al 156 CPP, que regulan el régimen de las notificaciones; posteriormente mediante esquela de notificación del ocho de febrero de dos mil diecinueve notificó el auto de sobreseimiento definitivo a la acusación pública, generando un nuevo plazo desde el once febrero hasta el quince febrero del año en curso; esta **duplicidad** de plazos, ha generado una confusión en las partes procesales, pues al no tener certeza sobre el plazo de apelación, la acusación pública interpuso recurso el seis de febrero del presente año, es decir previamente a la notificación del auto de sobreseimiento definitivo (ocho de febrero del presente año) pero posterior al plazo impuesto (mediante auto del cuatro de febrero del año en curso).

Por lo tanto, es posible afirmar que no basta con seguir lo establecido por la ley, sino que es imprescindible que se no se actúe de forma confusa -generando dos plazos de apelación- creando una grave inexactitud a efecto de verificar la temporalidad del recurso.

Lo anterior no constituye un gusto antojadizo por parte de esta Cámara, sino que se ha observado de esa manera con el objetivo de respetar el principio de seguridad jurídica, sobre todo en los actos procesales, que tal y como se ha configurado en jurisprudencia constitucional, constituye la manifestación al respeto de un Estado democrático, en el que prive la consecución del cumplimiento de garantías y principios de todas aquellas personas que se relacionen de alguna manera con la actuación estatal, sobre todo en el ámbito judicial.

Es en ese sentido es importante analizar lo relativo a las nulidades, aunque sea de manera rápida, y determinar cuál es la consecuencia jurídica del pronunciamiento de la misma.

4. Sobre la base de todo lo anterior, ha sido posible arribar al tema de las nulidades, enfocadas en el ámbito procesal, y en ese sentido Carlos Creus, en su libro denominado *"Invalidez de los Actos Procesales Penales",* ha expuesto lo siguiente:

`La nulidad constituye [...] *la consecuencia de la omisión de una forma o de un requisito legalmente necesario para la validez de un acto".*

Aunado a lo anterior, es posible advertir que dentro de la forma, es donde se encuentra implícita la diligencia que debe aplicar el juzgado encargado de llevar a cabo la notificación, en razón de los argumentos vertidos en el apartado marcado con la letra c de la presente resolución.

Ahora bien, el artículo 345 CPP, relativo a los principios generales de las nulidades expresa lo siguiente:

"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[...]"

Bajo ese sentido es importante destacar que más allá del incumplimiento de formas, la ley prescribe que será posible declarar la nulidad de un acto cuando se perciba una violación al derecho de defensa de alguna de las partes involucradas en el proceso.

Por lo cual cabe acotar que al fijar dos plazos distintos de apelación, además de generar indefensión, se manifiesta una clara negligencia por parte del Juzgado de Paz de Tonacatepeque, generando confusión en dicha actuación y haciendo que la misma sea deficiente.

La indefensión se advierte a partir del momento de no quedar claro desde cuando inicia el plazo de apelación, recurriendo de algo que no había sido entregado, asimismo establecer y contar el plazo de apelación en base al art. 465 CPP, sin haber existido notificación formal previamente (Fs. 102), y posteriormente notificarse el sobreseimiento definitivo que se comprueba mediante acta (Fs. 9 del legajo especial de apelación).

Por lo tanto, esta Cámara considera posible, que al identificarse la deficiencia en el acto por parte del Juzgado de Paz de Tonacatepeque, se debe declarar la nulidad de dicha comunicación, amparado en lo establecido en el artículo 348 CPP, en razón que la nulidad puede ser declarada de oficio, obligando a que se lleve a cabo nuevamente la notificación, evitando generar duplicidad de plazos de interposición del recurso, estableciendo qué acto se está notificando, en razón que será necesario que más allá de hacer relación a los folios en los que se encuentra la decisión que se pretende notificar, se indique preferentemente la hora y la fecha en la que se pronunció la decisión notificada, a efecto de evitar confusiones que provoquen indefensión a las partes o que generen algún tipo de inseguridad en las actuaciones judiciales.

Es importante señalar que si en una sola acta se lleva a cabo la notificación de dos decisiones judiciales, se detallen por separado en los términos expuestos en el párrafo anterior, con el objetivo de respetar la seguridad de las partes involucradas en el proceso.

En razón que la ley expone que la nulidad de un acto invalidará los actos posteriores, implica que una vez que se realice nuevamente la notificación, **el periodo para interponer recurso de apelación se deberá contar nuevamente a partir del día siguiente al de la fecha del acto que se reponga."**

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 55-2019, fecha de la resolución: 01/03/2019

ACTOS CONTRARIOS A LAS BUENAS COSTUMBRES Y AL DECORO PÚBLICO

CONSIDERACIONES LEGALES Y DOCTRINARIAS SOBRE LA FALTA

"2.40) Habiendo expuesto lo anterior, esta Cámara considera que la conducta imputada se encuentra tipificada en el Número 4) del Art. 392 Pn., es decir, a la Falta Penal de Actos Contrarios a las Buenas Costumbres y al Decoro Público, que dispone: "El que aprovechándose de aglomeraciones públicas o del descuido de quien transita por calles o lugares públicos, realizare tocamientos impúdicos". [Subrayado de este Tribunal].

2.41) Vale decir que el Art. 392 presenta varias modalidades posibles de comisión, entre las que se encuentran: 1) Desnudarse o bañarse en un sitio público; 2) Ofender la decencia pública por medio de palabras obscenas, gestos, actitudes, señas o cantares; 3) Escribir palabras o hacer dibujos indecentes en baños, pedestales o en cualquier otro objeto situado permanentemente en un sitio público o de acceso al público.

2.42) Concretamente el Número 4) del citado artículo presenta dos modalidades posibles de comisión de la Falta: La primera de ellas, es cuando el agente activo realiza tocamientos impúdicos aprovechándose de aglomeraciones públicas, el ejemplo claro y tradicional lo constituyen los tocamientos que se pueden realizarse en el interior de las unidades del transporte colectivo, o los que se realizan en eventos a los que concurre un alto número de personas y la aglomeración, es decir, la gran cantidad de individuos reunidos, sirve al sujeto como un medio para facilitar la realización de los tocamientos.

2.43) La modalidad que de una forma especial nos interesa, es la segunda descrita en el Número 4) del Art. 392 Pn., la cual corresponde a que los tocamientos se realicen: (i) en calles o lugares públicos; y (ii) aprovechándose del descuido de quien transite por dichos lugares. Esto nos proporciona una noción del carácter instantáneo que debe tener el tocamiento para poder adecuarse a la falta penal descrita por el legislador. Lo que lleva implícito un mínimo grado de invasión a la intimidad corporal de la víctima; que es justamente lo que permite que la conducta no se califique como el delito de Agresión Sexual en Menor. Esta conducta se encuentra definida por una serie de factores que disminuyen las posibilidades de que la acción del sujeto activo gane en peligrosidad, es decir que sea capaz de constituir una infracción penal con un mayor grado de lesividad para la persona de la víctima.

2.44) De acuerdo a la Doctrina: "[...] La acción ilícita estará así necesariamente definida por factores como la fugacidad, que necesariamente limitará la intensidad y duración del tocamiento y la presencia de otras personas, lo que actuará como freno sobre el sujeto activo para que sus pretensiones sobre la víctima no puedan acrecentarse, lo que es especialmente importante en supuestos como estos en los que el furor erótico puede llevar a que primeras ideaciones delictivas de una determinada gravedad e intensidad desemboquen en agresiones mayores y más graves, con especial afectación sobre la víctima [...]". [Moreno Carrasco/Rueda García. Op. Cit. Tomo 2. Pág. 1240].

2.45) En ese orden de ideas, y en atención a la fugacidad de la conducta -tocamiento-, así como a las demás circunstancias que componen el contexto en que se desarrolló, es decir, a realizarse en un complejo habitacional, en horas de la tarde y aún con iluminación natural, en un lugar transitado y aprovechándose de un descuido de la víctima. La conducta imputada a […] merece ser calificada como Actos Contrarios a las Buenas Costumbres y al Decoro Público, Art. 392 Número 4) Pn."

ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS QUE CONSTITUYEN TOCAMIENTOS, PARA CALIFICARLAS COMO DELITOS O FALTAS

"2.46) Dicho lo anterior, merece hacer mención a que si bien ambas conductas hacen referencia a conductas que constituyen tocamientos, existen diferencias marcadas entre la que constituye delito y la que constituye falta. La segunda, señala los tocamientos debe ser realizados bajo las condiciones establecidas en el No. 4) del Art. 392 Pn., concretamente para el caso que nos ocupa, el descuido de la víctima que se encontraba en la calle, por lo que estos significan un grado de afectación mucho menor que el que representa el delito de Agresión Sexual en Menor.

2.47) Debe dejarse claro, el análisis de tipicidad de la conducta imputada, ha dado como resultado un cambio en su calificación jurídica, no correspondiendo ésta al hecho punible de Agresión Sexual en Menor, sino al de Actos Contrarios a las Buenas Costumbres y al Decoro Público.

2.48) Siempre en relación a este punto, es importante decir, que el criterio de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en el sentido que: "[...] es precisamente durante la etapa de instrucción que se recolectan los elementos que permiten fundar la acusación del fiscal o del querellante y preparar la defensa del imputado. Con base a lo anterior, consideramos que es hasta la realización de la respectiva Audiencia Preliminar en donde el Juzgador puede cambiar o modificar la calificación del hecho, con expresión precisa de os preceptos legales aplicables, tomando en cuenta también las facultades que tiene la defensa del imputado, es decir, hasta cuando existan suficientes elementos de convicción que permitan la modificación del hecho punible, los cuales desde luego, sólo es posible obtener después de realizada la etapa de instrucción [...]". [Corte Plena, Conflicto de Competencia en Derecho Penal; Sentencia Ref.: CFP-19-2002, de fecha 25/05/2003].

2.49) Lo importante del precedente jurisprudencial citado en el párrafo que antecede, es que se ha reconocido por la Corte en Pleno, que el cambio en la calificación jurídica de la conducta que se imputa es propia de la Etapa de Instrucción. Por tanto, es también una función propia del Tribunal a cuyo cargo se encuentra la etapa de instrucción, es decir de este Tribunal, Art. 236 de la Constitución de la República y Art. 423 Inc. 2° del Código Procesal Penal.

2.50) En ese sentido, el control de legalidad que supone el análisis de tipicidad, se reconoce como propio de la etapa de instrucción, debiendo cumplir con el requisito de que se realice una vez celebrada la Audiencia Preliminar, pues es en ella que se realiza de manera verbal el correspondiente ofrecimiento proba-

torio y recibido el Dictamen de Acusación y la contestación del mismo por parte de la Defensa Técnica."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 75-ANTEJ-2019, fecha de la resolución: 05/11/2019

ACTOS PROCESALES DE COMUNICACIÓN

DE LA NOTIFICACIÓN

"**vii.-** Aclarado lo anterior, la decisión de sobreseer definitivamente a los incoados, se tiene que fue comunicada a las partes intervinientes el día once de julio pasado; ahora bien, sobre el acto de notificación, este Tribunal se ha pronunciado en autoprecedente *121-2019-Pn. Cuscatlán (S-1)*exponiendo: *La razón de ser de la notificación estriba en que las partes tomen conocimiento de lo resuelto por el operador jurídico, es decir que debe entenderse a este medio de comunicación como una condición de eficacia de los actos procesales y que la falta de la misma genera el no nacimiento de sus efectos jurídicos, así lo indica Jorge A. Clariá Olmedo, en su libro Derecho Procesal Penal, Tomo II, p.186, al sostener lo siguiente: la sentencia y los autos recién producen la plenitud de sus efectos cuando se cumple el acto de su notificación, el que a su vez emplaza el futuro acto impugnativo. También la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional sobre el punto en cita ha expuesto: La notificación, como acto de comunicación, condiciona la eficacia del proceso pues asegura un conocimiento real y exacto del acto o resolución que la motiva, permitiendo que el notificado pueda disponer lo conveniente para la defensa de sus derechos o intereses -HC 309-2012, providencia de las 12.04 horas del día 08-V-2013*.

viii.- Resultando así que la materialización de la notificación habilita el término a las partes para interponer los medios de impugnación que consideren oportunos, dichos actos de comunicación conllevan la finalidad de garantizar los derechos de las partes, en un ámbito de igualdad. Al respecto, la Sala de lo Constitucional en sentencia de amparo referencia 129-2015, de las 15.09 horas del día 13-VII-15, refirió: *de acuerdo con el principio finalista de los actos de comunicación la situación a evaluar en sede constitucional es si la comunicación se practicó a efecto de generar las posibilidades reales y concretas de defensa,* es decir que los intervinientes en la Causa tengan las mismas condiciones para hacer sus reclamos, según lo ameriten las circunstancias del proceso."

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A LA NOTIFICACIÓN

"**x.-** En ese mismo orden de ideas, se tiene que la Sala de lo Constitucional en Habeas Corpus 4-2011 de fecha 14-X-2011, estableció que la notificación personal se hace a favor del imputado particularmente en aquellos casos de providencias judiciales que constituyan privación a derechos fundamentales, lo cual no opera en igualdad de condiciones para la víctima, debido a que no se encuentra en el supuesto al que se refiere el Tribunal Superior -privada de libertad-,

máxime cuando consta que fue notificada en legal forma del proveído que hoy impugna, haciendo uso de su derecho de forma extemporánea."
Cámara de la Segunda Sección del Centro, número de referencia: INC-129-2019-PN, fecha de la resolución: 23/08/2019

AGRAVIO

FORMAS DE CONFIGURARSE

"**ii**. Respecto del agravio, se desarrolla lo siguiente:

1. Dentro del recurso de apelación, el agravio no puede constituirlo el hecho que la decisión sea contraria a los intereses de las partes, sino que debe recaer en un defecto de derecho o del procedimiento.

Tampoco es posible afirmar que el agravio se configura frente a aquellos supuestos en los que la parte invoque el defecto que contribuyó a crearlos. Todo lo anterior tomando en cuenta el pronunciamiento de la Sala de lo Penal en la sentencia definitiva de fecha quince de octubre de dos mil doce, en el proceso marcado con referencia número 303-CAS-2009, misma que dice lo siguiente:

"[...] *el agravio no puede constituirlo el que la decisión sea contraria a los intereses de las partes, sino que debe recaer en un defecto de derecho o del procedimiento. Tampoco se configura un agravio frente a aquellos supuestos en los que la parte invoque el defecto que contribuyó a crearlos".*

Como se ha podido advertir, el agravio es el último eslabón de análisis para pronunciarse sobre la admisibilidad o no de un recurso, dicho requisito constituye uno de los puntos fundamentales a observar por el recurrente para poder acceder a la vía recursiva, ya que en él debe aplicarse un cuidado especial, pues es por medio de la explicación del mismo que se exponen los motivos que fundamentan la interposición de la apelación, requiriendo así, una actividad argumentativa suficiente por parte del profesional del derecho que lo interpone.

Por medio de la exposición mencionada es importante que se señale – de manera precisa – en qué punto de la resolución impugnada se encuentra la actuación judicial que causa agravio, y además que se acompañe con los argumentos adecuados de las razones por las que la errónea aplicación o errónea interpretación de las disposiciones legales, afecta al impetrante, por medio del señalamiento directo del error judicial, que se debe de acompañar suficientes motivos que expliquen porque dicha actuación compone un error como tal.

Además, la argumentación precisa -a la que se ha hecho referencia-permite que el Tribunal de apelaciones delimite el escenario de actuación argumentativa sobre el cual tendría que desplegar la solución del caso que se presente. Razón por la cual es importante que se exprese – de forma concreta – cuál es el perjuicio ocasionado por la autoridad jurisdiccional, y de esa forma podría dirigirse el análisis hacia dicho perjuicio."
Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 203-2019, fecha de la resolución: 06/11/2019

AGRESIÓN SEXUAL EN MENOR E INCAPAZ

CONSIDERACIONES CON RESPECTO A LA CONDUCTA TÍPICA DEL ILÍCITO PENAL

"Conforme a la motivación, resulta confusa la argumentación del juzgador en cuanto a la parte de la existencia del delito, ya que según se ha relacionado en párrafos previos, parece que aduce que por tener la menor (al momento de los hechos) presuntamente dos años de edad no esté en condiciones de recordar sucesos en perjuicio suyo; sin embargo, posterior, afirma que dado su contexto social ésta ha sido víctima de abuso sexual.

No obstante, consideró que concurre un estado de duda que no permite encontrar responsable penalmente al imputado […], ya que no cuenta con la certeza requerida para afirmar que éste es el autor de la conducta en perjuicio de la víctima, ya que considera que al tiempo en el que la niña estuvo en casa del imputado tenía dos años de edad.

En ese sentido, en respuesta al recurso que reclama el vicio de una errónea valoración de prueba, corresponde verificar si conforme a las pruebas conocidas en el juicio oral es posible atribuir al incoado los hechos constitutivos de agresión sexual en menor e incapaz.

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.

Entonces, conocidos los medios de prueba en el juicio oral, se configuran los argumentos judiciales acerca de la construcción de verdad procesal en relación a los hechos objeto de controversia.

El delito de agresión sexual en menor e incapaz es una conducta dolosa que comprende la vulneración de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido.

El ejercicio de la sexualidad es un atributo de la libertad que se manifiesta por la libre disposición del cuerpo; dicho ámbito de libertad es vulnerado cuando se, amedrenta a un individuo de manera física o psicológica para que consienta un comportamiento de naturaleza sexual.

El legislador ha dispuesto sancionar la agresión sexual realizada con o sin violencia que no consista en acceso carnal, en menor de quince años de edad.

Dicho ilícito comprende la ejecución de actos de contenido sexual, que no impliquen la penetración del pene en erección a través de la cavidad vaginal o anal.

La violencia puede manifestarse de manera física o psicológica, entendida como un despliegue de energía en su medida necesaria, para doblegar a la víctima y vencer su eventual resistencia.

La violencia psicológica, se manifiesta en una doble vertiente: por una parte entraña una amenaza creíble de realizar un daño a la víctima o un tercero en quien la víctima tenga interés; y por otro lado, puede manifestarse mediante el engaño a la víctima ante el desconocimiento del significado de la conducta sexual de la que es objeto.

La conducta se agrava con motivo de las cualidades personales del sujeto pasivo de la acción. A nivel doctrinario se reconoce que existen etapas en el desarrollo sexual de una persona, en la que se distingue un primer período: la infancia, en la cual se presentan procesos de crecimiento importantes, puesto que el aparato sexual no está todavía biológicamente desarrollado en su totalidad.

En el caso de los menores de edad y los incapaces éstos se encuentran los primeros, sujetos a un proceso dinámico de formación de su autodeterminación sexual y, los segundos, en una fase, a veces estática, de insuficiente desarrollo personal en su vertiente física o mental.

Al hablar de abuso sexual, concurren dos elementos vinculados entre sí: i) la coerción: el agresor utiliza su posición de poder para interactuar de manera sexual con un menor, y ii) la asimetría de edad, referida a que el agresor es significativamente mayor que la víctima, esta asimetría determina otro tipo de asimetrías como la anatómica, en el desarrollo y especificación del deseo sexual, en las habilidades sociales, y en la experiencia sexual.

Por todo ello, el abuso de tal asimetría, representa en sí mismo una coerción que apunta al poder que una persona tiene sobre otra; aspecto que determina la vulnerabilidad de la víctima, que deviene de la minoría de edad en la que ésta puede llegar incluso a no mostrar oposición, sin que esto implique una aceptación del abuso sexual.

El Art. 161 del CP., describe la conducta típica de la siguiente manera:

"La agresión sexual realizada con o sin violencia que no consistiere en acceso carnal, en menor de quince años de edad o en otra persona, aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será sancionado con prisión de ocho a doce 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.

Si concurriere cualquiera de las circunstancias señaladas en el inciso segundo del artículo anterior, la sanción será de catorce a veinte años de prisión." (Sic)"

CONSIDERACIONES RESPECTO A LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA-TESTIGO EN RELACIÓN CON LA CORROBORACIÓN O RATIFICACIÓN CON OTROS ELEMENTOS DE PRUEBA INCORPORADOS AL PROCESO

"2.- Dada la naturaleza de los delitos sexuales que identifican como delitos de alcoba, en la mayoría de los casos se carece de otro testigo que confirme o proporcione datos acerca del acaecimiento de los hechos que constituyen el marco fáctico del proceso penal en análisis.

Por regla general, se cuenta con un único medio de prueba, que es el testimonio de la víctima como un elemento directo de incriminación, que se verá reforzado con las pruebas derivadas producto de su dicho.

Esa característica es resaltada por la Sala de lo Penal al referir que "[...] Es importante determinar que, por lo general, ésta es la fuente más importante de prueba, ya que los agresores sexuales buscan momentos de intimidad para rea-

lizar sus ataques, de manera que es bastante frecuente que en muchas ocasiones sólo exista la versión de la víctima contrapuesta a la del acusado" (Resolución del recurso de casación 412- CAS-2004, de las 10:30 horas del 31/8/2004).

En amparo a la facultad valorativa que la ley da al juzgador en el art. 179 CPP., de los medios de prueba lícitos, pertinentes y útiles, es dable corroborar los hechos relatados por la víctima (condiciones de tiempo, lugar y forma), lo cual permite dotar de credibilidad sus testimonio.

Por regla general, la prueba de tipo pericial para el caso de los delitos sexuales tiene una gran importante, ya que tiene el propósito de revelar signos, huellas y datos indiciarios que el cuerpo de una presunta víctima arroje en relación a cambios o modificaciones anatómicas anormales, y que apunten a la existencia de una agresión sexual.

La finalidad de un peritaje médico legal es posibilitar la certeza física acerca de un hecho determinado, etiología y desarrollo. Al contar con la información técnica idónea es dable para el juzgador realizar una conexión entre los elementos de prueba (hecho base) y el hecho presunto (imputación), recurriéndose para ello a las máximas de la experiencia común […].

Verificada la prueba aludida por el juez en la sentencia, corresponde evacuar el cuestionamiento de la apelante, quien considera que el juez a partir de lo expresado por la prueba testimonial ha estimado que la menor a la fecha de los hechos tenía dos años, y que obviamente las testigos de descargo no iban a manifestar fechas que no le favorezcan al imputado; no obstante que la víctima mencionó que tenía seis años de edad, cuando sucedieron los hechos.

En razón de ello, señala que existe una valoración erróneamente la prueba, ya que el juez tuvo por acreditado el hecho delictivo, pero no la participación del imputado.

2.2- Se procede entonces al análisis de la información incorporada al proceso, iniciando con el testimonio de la víctima […], quien rindió su declaración anticipada en Cámara Gesell, habiéndose reproducido su soporte audiovisual en la audiencia de vista pública […].

Según la condición de inocente del acusado y la imperatividad de demostrar su culpabilidad en Juicio más allá de toda duda razonable, la praxis en la investigación, persecución y procesamiento de los delitos sexuales, requiere el uso de las herramientas jurisprudenciales y doctrinarias, orientadas a determinar si la conducta sucedió tal como lo refiere la testigo-víctima, solventando así la problemática suscitada por la carencia de otros elementos independientes y autónomos a la víctima, puesto que por regla general los delitos sexuales se caracterizan por contar con un único testigo, quien refiere haber padecido la acción típica, es menester valorar la credibilidad de su hipótesis fáctica.

Dada la naturaleza de los delitos sexuales, generalmente se carece de otro testigo que confirme esa versión de los acontecimientos que constituyen el marco fáctico del proceso penal en análisis, situación característica de este tipo de ilícitos, en el que se cuenta con un único medio de prueba: la versión de los hechos rendida por la víctima, tanto de forma directa mediante su testimonio, como por las pruebas derivadas producto de aquel (pericias, etc.).

Esa característica es resaltada por la Sala de lo Penal al referir que "[...] Es importante determinar que, por lo general, ésta es la fuente más importante de

prueba, ya que los agresores sexuales buscan momentos de intimidad para realizar sus ataques, de manera que es bastante frecuente que en muchas ocasiones sólo exista la versión de la víctima contrapuesta a la del acusado" (Resolución del recurso de casación 412-CAS-2004, de las 10:30 horas del 31/8/2004).

En tal orden de ideas, Climent Duran (CLIMENT DURAN, Carlos, La Prueba Penal, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, Pág. 227 y siguientes), expone una técnica de corroboración de la versión de la víctima, con base a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, la cual comporta tres componentes - de análisis:

Ausencia de incredibilidad subjetiva: el examen de la conducta o actitud de la víctima-testigo en relación a los hechos, ello se realiza tomando en consideración:

i) La inexistencia de móviles espurios, es decir, si existe un animo de resentimiento (lo que conllevaría a la denuncia como producto de una venganza o de fabulación (fantasías, creaciones imaginativas)

ii) La apreciación de condiciones personales, aquí se deberá considerar la edad de la víctima (minoría de edad), la existencia o no de enfermedades (alcoholismo, trastornos de personalidad o mentales).

- Verosimilitud: analizar el contenido de la versión de los hechos:

i) Si es lógica (no contrariarse entre sí, ser precisa, consistente)

ii) Si se cuenta con corroboraciones periféricas objetivas (huellas, lesiones sufridas por la víctima, declaraciones de otros, pericias, estado de emoción, etc.).

- Persistencia en la incriminación: sí la declaración carece de ambigüedades. y/ o contradicciones, ello se colige a través de la persistencia de la imputación (prolongada en el tiempo, plural), concreta (narración precisa, sin ambigüedades) y coherente (única, con ausencia de contradicción en sus diversas versiones).

Explicado lo anterior, deberá establecerse si el dicho de la menor se encuentra corroborado o ratificado por la prueba incorporada al juicio.

Consta en la página nueve de la sentencia, la declaración de la psicóloga adscrita al Instituto de Medicina Legal, […], quien expresó: […].

De ambas declaraciones se extrae que la menor ha sido clara en indicar que tiene nueve años de edad (a la fecha del anticipo de prueba), que lo sucedido le pasó la primera vez cuando tenía seis años de edad y la última cuando tenía ocho años de edad.

Relata varios sucesos de índole sexual con el imputado a quien ella señala como […], que le enseñó el pene, que se lo besó, que él la beso a ella en la boca y que le introdujo los dedos en la vulva.

Que no dijo nada porque le había dicho que le iba a pegar.

Dichas circunstancias se corroboran con la declaración de la psicóloga, quien ratificó la edad de la menor a la fecha de la pericia (ocho años de edad), que relató varios eventos, y que las secuelas que presenta no pudieron ser causadas ni por un victimario y que no ocurrieron una vez.

En lo único que varía la información proporcionada es en la mención de los sujetos que agredieron sexualmente a la menor, señalando a […].

Tal dato, si bien no es mencionado por la víctima, si se ratifica periféricamente con la certificación del expediente judicial marcado con la referencia 226-2-17 que se siguió contra el imputado […], en el Tribunal Primero de Sentencia de esta ciudad, con lo cual se extrae que en efecto la víctima ha identificado y ha individualizado quienes en su momento fueron sus agresores, por tanto, dicha circunstancia lejos de disminuir la credibilidad de la menor, la fortalece […].

Sobre tal información, se coteja lo dicho por las demás declarantes y la menor, entendiéndose que estando bajo el cuidado de […], la víctima era llevada la casa de su tía […] cuando ésta tenía que estudiar o trabajar; y que lo mismo ocurría cuando la dejaban a cargo de […].

De tal forma, se entiende que los hechos sucedieron en ese lapso, y no antes; es decir, si bien la menor estuvo a cargo de su tía […] cuando tenía dos años-(entre el dos mil diez y dos mil once), no se excluye que posterior a esas fechas ésta hubiese estado en dicha vivienda a la edad de cinco o seis años; puesto que una cosa distinta es que la niña hubiese estado a su cargo durante un año, otra, es que la menor no hubiese ingresado a posterior a dicha vivienda.

Tal conclusión se extrae de lo dicho por […], quien aseveró que cuando no podía cuidar a la niña la llevaba donde la tía de su esposo; es decir, la niña ya estaba bajo el cuidado de […] cuando era llevada donde su tía […], por tanto, se comprende que los hechos sucedieron cuando ella tenía más de dos años de edad.

También es de señalar, que el dicho de la testigo no se encuentra corroborado en cuanto al horario de trabajo de su esposo, ya que ella menciona que él trabajaba de lunes a domingo.

Según el auto de apertura a juicio, entre la prueba de descargo admitida para el juicio, se encuentra el informe emitido por […], Jefe del Departamento de Administración de Personal de la Alcaldía Municipal de San Salvador y por el subgerente de Talento Humano de dicha Alcaldía, […], en el que consta que el imputado […] laboró en dicha institución […].

Todo lo contrario, dicho informe corrobora lo manifestado por la víctima en su declaración en Cámara Gesell, de que los eventos sucedían en su mayoría los sábados por la mañana."

PROCEDE NULIDAD DE LA ABSOLUCIÓN CUANDO EXISTE UNA INCORRECTA DERIVACIÓN, FALTA DE LOGICIDAD E INCONGRUENCIA EN LA VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA DESFILADOS DURANTE EL JUICIO

"3.- Vistos los argumentos del juez de sentencia, no es posible afirmar que la menor tenía dos años al momento de los hechos constitutivos de abuso sexual, ya que de la derivación de los medios de prueba arriba señalados, no permiten arribar necesariamente a las conclusiones por él apuntadas.

Bajo los términos de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, "... (Sic)... Se entiende por derivación de los pensamientos cuando uno proviene del otro y así se forme una concatenada sucesión de reflexiones. De ésta, se extrae el principio lógico de razón suficiente, por el cual todo juicio, para ser realmente verdadero, necesita de un argumento suficiente que justifique lo que en el juicio

se afirma o niega con la pretensión de que sea verdad. En definitiva, la sentencia constituye una unidad lógica jurídica, en cuya parte dispositiva, es decir, la conclusión, se debe verificar un análisis derivado de los presupuestos fácticos y normativos enunciados... (Sic). ..” (Sentencia de las nueve horas y cuarenta minutos del día veintinueve de julio de dos mil once, Ref. 479-CAS-2009).

Para una correcta derivación de los medios de prueba, debe realizarse un enlace entre las manifestaciones de los testigos en el juicio y los resultados de la prueba pericial, que al contrastarlas con la prueba documental y pericial.

Frente a la actividad probatoria, la logicidad de la sentencia se encuentra con una problemática de incongruencia, ya que el juez en un primer momento asevera que el tribunal no tiene dudas sobre la existencia del abuso sexual sufrido por la menor; sin embargo, al momento de abordar la fundamentación de la duda razonable, recurre indirectamente a la desestimación de la credibilidad de la menor, por cuanto hace referencia a la confiabilidad de la información que el dicho de la menor aporta para los fines del proceso.

Dicho esto, la labor de valoración de la prueba, ha fallado en una de sus finalidades, que es reconstruir lo más fielmente posible, los acontecimientos que constituyen el sustrato fáctico al que se limita el pronunciamiento judicial.

Luego del examen de la declaración de la menor, este Tribunal estima que la manera en la que la víctima comentó los hechos, fue espontánea y clara en cuanto a los detalles del abuso sexual en perjuicio suyo, detallando los momentos de clandestinidad en los que el imputado se acercó a ella y la forma en la que abusó de ella. Incluso de su versión no se descarta el uso de la fuerza (violencia psicológica), y que el elemento amenaza-intimidación se encuentra presente en su relato global de los hechos.

El uso de la violencia psicológica es un dato relevante, que no debe dejarse de lado, puesto que la menor expuso que si contaba algo le iba a pegar. La globalidad de su relato no deja dudas en cuanto a la existencia del hecho y de la participación del imputado.

Información que al ser suprimida mentalmente, siempre permanece acreditada en el proceso, ya que al ser reforzada y acuerpada la declaración de la víctima mediante la prueba pericial y documental, se tiene por construida la vinculación del imputado al proceso como autor de los hechos.

Estas magistradas consideran que la motivación de la sentencia resulta contradictora ya que el juzgador estimó que la menor tenía dos años a la fecha de los hechos, y que por tal razón su credibilidad se vio disminuida en cuanto a los hechos que narra y que son atribuidos al imputado.

Sin embargo, el mismo juzgador es el que finaliza afirmando que dada la inestabilidad del ambiente en el que creció la menor ha llevado a que otras personas se aprovecharan sexualmente de ella, por tanto, no resulta válido que el juez deseche el relato de la víctima en relación al imputado […], para luego afirmar que ésta ha sido objeto de abuso sexual por parte otros sujetos.

De acuerdo a estas consideraciones, esta Cámara estima que la motivación probatoria analítica de la sentencia definitiva absolutoria es equívoca, ya que probatoriamente no resultan válidas las inferencias del juzgador en relación a la edad de la menor a la fecha de los hechos; lo cual de manera automática lo llevó

a descartar los hechos atribuidos al imputado al considerar que era imposible que la víctima recordase un abuso sexual padecido a los dos años de edad.

Ergo, luego del análisis de los elementos de prueba, torna imperativo acoger la apelación, por violación a las reglas de la sana crítica, por lo que es necesario determinar las consecuencias que el recibo de la queja genera.

IV. El art. 475 Pr. Pn., bajo el epígrafe FACULTADES RESOLUTIVAS DEL TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA, establece:

"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 la prueba como la aplicación del derecho.

Según corresponda puede confirmar, reformar, revocar o anular, total o parcialmente, la sentencia recurrida. En caso que proceda a revocarla resolverá directamente y pronunciará la sentencia que corresponda, enmendando la inobservancia o errónea aplicación de la ley. En caso de anulación total o parcial de la sentencia, ordenará la reposición del juicio por otro tribunal, salvo cuando la anulación se declaré por falta de fundamentación, en cuyo caso

Corresponderá al mismo tribunal, salvo cuando la anulación se declare por falta de fundamentación, en cuyo caso corresponderá al mismo tribunal.

Cuando la anulación sea parcial de indicará el objeto concreto del nuevo juicio o resolución...".

De esa disposición legal se pueden colegir las facultades que poseen las cámaras de segunda instancia en el marco de un recurso de apelación contra sentencias definitivas (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 el sub índice, la prueba apunta a una conclusión distinta a la formulada por la A quo. De ello se evidencia la necesidad de que la apelación posibilita una revisión integral, incluyendo una nueva valoración de la prueba que debe realizarse en condiciones similares a aquellas que imperaban en el tribunal de primera instancia.

Aunque los Arts. 472 y 474 Pr. Pn. regulan la posibilidad de valorar nuevamente la prueba en la resolución de un recurso de apelación, se requiere que tal ejercicio suceda en un marco de respeto a los principios del juicio oral, entre los que cabe mencionar el de inmediación.

Durante el trámite del recurso el tribunal de alzada necesariamente habrá de ejercer un control que requerirá tomar como premisa las pruebas - incluyendo las personales y analizarlas a efecto de acoger o rechazar la pretensión del recurrente.

Cuando se trata de sentencias absolutorias, en caso que el tribunal de apelación advierta un error en la valoración del sentenciador, no puede sobre la base de una segunda valoración de pruebas personales que no ha recibido, directamente revocar la absolución y sustituirla por una condena.

En supuestos similares habrá siempre un punto de tensión importante en tanto el respeto al principio de inmediación limitará las facultades de control del

tribunal que conoce de la impugnación de la sentencia condenatoria mientras que la aplicación de los tratados antes mencionados exige potenciar una revisión integral de la sentencia condenatoria.

En virtud de lo anterior, la solución que procede frente a una incorrecta

Derivación judicial a partir de la prueba personal que culminó en una sentencia definitiva absolutoria, es la declaratoria de nulidad de la sentencia impugnada así como de la Vista Pública que la originó.

Ello provocará su "reenvío completo" para que un tribunal diferente celebre nuevamente el juicio y dicte la sentencia que corresponda."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 441-2018, fecha de la resolución: 21/03/2019

CONSIDERACIONES CON RESPECTO A LA CONDUCTA TÍPICA DEL ILÍCITO PENAL

"**14.** El delito de **Agresión Sexual en Menor e Incapaz,** se encuentra regulado en el artículo 161 del CP., El cual en el inciso primero a su tenor literal dice *"La agresión sexual realizada con o sin violencia que no consistiere en acceso carnal, en menor de quince años de edad o en otra persona, aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad para resistir, será sancionado con prisión de ocho a doce años de prisión"*, El relacionado artículo sanciona comportamientos de claras acciones de naturaleza inequívocamente sexual pero distinta al acceso carnal vía vaginal o anal, realizada con o sin violencia, sobre otra persona que se encuentra en imposibilidad legal o racional de consentir, como, ya se mencionó para el anterior supuesto delictivo, de allí que cuando la agresión recae en personas menores de quince años de edad, aunque se alegue que éstas hayan provocado el hecho, en razón de su incapacidad psicológica de comprender los alcances de su actuar, siempre se entiende que habrá agresión.

15. La categoría agresión debe especificarse para cada caso concreto que se analice; así, puede comprenderse aquellos casos en que el sujeto activo mediante su actuar obliga o seduce al sujeto pasivo a soportar o tolerar tocamientos, besos u otras conductas de inequívoca naturaleza *sexual-lasciva.*

16. El bien jurídico protegido es con referencia a las personas menores de edad, incapaces o personas que se encuentran imposibilitadas de resistir una agresión de índole sexual; pues el desarrollo personal o condición de sus capacidades físicas o intelectuales no les permiten conocer el significado de los actos sexuales, por lo que, no se encuentran posibilitados para repeler cualquier ataque de esa naturaleza en razón de carecer de la necesaria autonomía para determinar su conducta o comportamiento sexual, de ahí que se sostiene que carecen de libertad sexual, lo que sirve de base para que la doctrina sostenga que en éstos casos el bien jurídico protegido es la indemnidad o intangibilidad sexual y no la libertad sexual por la inmadurez biológica y psicológica de las víctimas para asumir una decisión de esa naturaleza.

17. El sujeto pasivo debe ser una persona menor de quince años de edad, una persona enajenada mental, inconsciente o incapaz: de resistir la agresión, mientras que el sujeto activo puede ser cualquier persona, ya que la norma penal

no exige cualidades y características especiales, por lo que puede ser cualquier persona natural que exterioriza la conducta típica. Conducta típica se refiere a tocamientos de contenido erótico sexual, que no lleguen a significar un yacimiento, *así como obligar al sujeto pasivo a realizar tocamientos sobre el cuerpo del sujeto activo o del de un tercero y/o soportar tocamientos en su cuerpo.* La ley sanciona a aquel que atente contra la libertad sexual de una persona, cuando el ataque o agresión consista en la realización de tocamiento o cualquier tipo de actos de carácter erótico sexual.

18. El tipo subjetivo: Este tipo de delito evidentemente exige para la configuración de la misma la existencia de dolo en el sujeto pasivo, perfeccionándose con el dolo directo. En el que se requiere que exista un ánimo libidinoso en la mente del sujeto activo. En este caso, se ha acusado al imputado […], de obligar a la víctima ********** de tocarle el pene, es decir, es una agresión sexual inusual, pues no es la menor quien recibe los tocamientos, sino quien los realiza por órdenes del indiciado, lo que perfectamente encaja dentro del tipo penal. (…)"

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-403-SC-2018, fecha de la resolución: 14/01/2019

CONSIDERACIONES NORMATIVAS RESPECTO AL 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.

Entonces, conocidos los medios de prueba en el juicio oral, se configuran los argumentos judiciales acerca de la construcción de verdad procesal en relación a los hechos objeto de controversia.

El delito de agresión sexual en menor e incapaz es una conducta dolosa que comprende la vulneración de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido.

El ejercicio de la sexualidad es un atributo de la libertad que se manifiesta por la libre disposición del cuerpo; dicho ámbito de libertad es vulnerado cuando se amedrenta a un individuo de manera física o psicológica para que consienta un comportamiento de naturaleza sexual.

El legislador ha dispuesto sancionar la agresión sexual realizada con o sin violencia que no consista en acceso carnal, en menor de quince años de edad.

Dicho ilícito comprende la ejecución de actos de contenido sexual, que no impliquen la penetración del pene en erección a través de la cavidad vaginal o anal.

La violencia puede manifestarse de manera física o psicológica, entendida como un despliegue de energía en su medida necesaria, para doblegar a la víctima y vencer su eventual resistencia.

La violencia psicológica, se manifiesta en una doble vertiente: por una parte entraña una amenaza creíble de realizar un daño a la víctima o un tercero en quien la víctima tenga interés; y por otro lado, puede manifestarse mediante el engaño a la víctima ante el desconocimiento del significado de la conducta sexual de la que es objeto.

La conducta se agrava con motivo de las cualidades personales del sujeto pasivo de la acción. A nivel doctrinario se reconoce que existen etapas en el desarrollo sexual de una persona, en la que se distingue un primer período: la infancia, en la cual se presentan procesos de crecimiento importantes, puesto que el aparato sexual no está todavía biológicamente desarrollado en su totalidad.

En el caso de los menores de edad y los incapaces éstos se encuentran los primeros, sujetos a un proceso dinámico de formación de su autodeterminación sexual y, los segundos, en una fase, a veces estática, de insuficiente desarrollo personal en su vertiente física o mental.

Al hablar de abuso sexual, concurren dos elementos vinculados entre sí: i) la coerción: el agresor utiliza su posición de poder para interactuar de manera sexual con un menor, y ii) la asimetría de edad, referida a que el agresor es significativamente mayor que la víctima, esta asimetría determina otro tipo de asimetrías como la anatómica, en el desarrollo y especificación del deseo sexual, en las habilidades sociales, y en la experiencia sexual.

Por todo ello, el abuso de tal asimetría, representa en sí mismo una coerción que apunta al poder que una persona tiene sobre otra; aspecto que determina la vulnerabilidad de la víctima, que deviene de la minoría de edad en la que ésta puede llegar incluso a no mostrar oposición, sin que esto implique una aceptación del abuso sexual.

El Art. 161 del CP., describe la conducta típica de la siguiente manera:

"La agresión sexual realizada con o sin violencia que no consistiere en acceso carnal, en menor de quince años de edad o en otra persona, aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será sancionado con prisión de ocho a doce 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.

Si concurriere cualquiera de las circunstancias señaladas en el inciso segundo del artículo anterior, la sanción será de catorce a veinte años de prisión." (Sic)"

REQUISITOS ESTABLECIDOS POR EL LEGISLADOR EN CUANTO A LA CONSIDERACIÓN QUE DEBEN POSEER LOS MEDIOS DE PRUEBA APLICADOS AL TIPO PENAL

"2.- Dada la naturaleza de los delitos sexuales que identifican como delitos de alcoba, se carece de otro testigo que confirme o proporcione datos acerca del acaecimiento de los hechos que constituyen el marco fáctico del proceso penal en análisis.

Por regla general, se cuenta con un único medio de prueba, que es el testimonio de la víctima como un elemento directo de incriminación, que se verá reforzado con las pruebas derivadas producto de su dicho.

Esa característica es resaltada por la Sala de lo Penal al referir que "[...] Es importante determinar que, por lo general, ésta es la fuente más importante de prueba, ya que los agresores sexuales buscan momentos de intimidad para realizar sus ataques, de manera que es bastante frecuente que en muchas ocasio-

nes sólo exista la versión de la víctima contrapuesta a la del acusado" (Resolución del recurso de casación 412-CAS-2004, de las 10:30 horas del 31/8/2004).

En amparo a la facultad valorativa que la ley da al juzgador en el art. 179 CPP., de los medios de prueba lícitos, pertinentes y útiles, es dable corroborar los hechos relatados por la víctima (condiciones de tiempo, lugar y forma), lo cual permite dotar de credibilidad sus testimonio.

Por regla general, la prueba de tipo pericial para el caso de los delitos sexuales tiene una gran importante, ya que tiene el propósito de revelar signos, huellas y datos indiciarios que el cuerpo de una presunta víctima arroje en relación a cambios o modificaciones anatómicas anormales, y que apunten a la existencia de una agresión sexual.

La finalidad de un peritaje médico legal es posibilitar la certeza física acerca de un hecho determinado, etiología y desarrollo. Al contar con la información técnica idónea es dable para el juzgador realizar una conexión entre los elementos de prueba (hecho base) y el hecho presunto (imputación), recurriéndose para ello a las máximas de la experiencia común.

En vista de ello, es necesario verificar cuál es la prueba incorporada al juicio que dio pie a la configuración del delito de agresión sexual en menor e incapaz: […].

2.1.- Verificada la prueba aludida por la juez en la sentencia, corresponde evacuar el cuestionamiento del apelante, quien considera que la víctima es clara en manifestar que el autor de los hechos es "A", y que éste le rozaba el pene en la vulva, y que es responsable también del contagio de una enfermedad de transmisión sexual a la menor.

En atención a las anteriores críticas se procederá previamente a la definición de términos importantes a efecto de una mayor comprensión de la resolución de alzada.

2.2- Según la Organización Mundial de la Salud, las infecciones de transmisión sexual (ETS), conocidas también como enfermedades venéreas, están representadas entre más de treinta virus, bacterias, parásitos y hongos que se transmiten de persona a persona predominantemente por contacto sexual, incluidos el sexo vaginal, anal y oral.

También en ciertos casos, pueden tener lugar por medios no sexuales, como por ejemplo las transfusiones de sangre, contacto con jeringas contaminadas, y algunas de ellas de madre a hijo durante el parto cuando ésta presente lesiones en el canal vaginal.

Este tipo de enfermedades pueden provocar esterilidad masculina y femenina, embarazos ectópicos, cáncer cervical, mortalidad prematura, sífilis congénita, entre otros.

La condilomatosis o verrugas genitales son pequeños tumores cuyo origen son una infección que se transmite sexualmente. Las lesiones condilomatosas designan lesiones provocadas por el virus del papiloma humano (VPH), el cual dependiendo del caso puede progresar hacia lesiones de tipo maligno hasta desencadenar en la mujer cáncer de cuello uterino.

El condiloma acuminado es una enfermedad vírica de la piel caracterizada por el crecimiento de una verruga blanda en los genitales o en la región anal

(pene, vulva, uretra, vagina, cuello del útero y alrededor del ano). El trastorno se considera una enfermedad de transmisión sexual.

Aclarados los términos, se procede al análisis de la información incorporada al proceso mediante la prueba pericial que fue valorada por el juzgador, que se comprende de 2 dictámenes: reconocimiento médico forense de genitales practicado a la víctima y evaluación psicológica realizada; mientras que contenido en el rubro de la prueba documental, se encuentra el expediente y cuadro clínico de la víctima

La realización de estos peritajes compete al Instituto de Medicina Legal, según la Ley Orgánica Judicial en el art. 51 ord. 14, y el Art. 4 del Reglamento Interno del Instituto de Medicina Legal, el cual tiene como finalidad principal la prestación de servicios periciales e forma independiente, para lo cual emitirá los dictámenes que sean necesarios.

En la misma sintonía el art. 6 del mismo reglamento enumera todas las atribuciones de dicho instituto, siendo importantes para el caso las contenidas en los literales b) y e): "... (Sic)... Realizar estudios en personas naturales practicando exámenes forenses, entre otros, como reconocimientos de lesiones, abortos, delitos contra el pudor y la libertad sexual y emitir el dictamen pericial correspondiente [...] Realizar los peritajes psicológicos, psiquiátricos, de trabajo social, calificación de la capacidad, salud mental, así como emitir el dictamen correspondiente... (Sic)"

Entiéndase entonces, que por su carácter eminentemente técnico, el Instituto de Medicina Legal se encuentra facultado para realizar las pericias en mención, así como para realizar investigaciones de campo e intervenciones de diversa índole con el sujeto pasivo del probable hecho punible, debiendo únicamente tener en consideración los requisitos que establece el Código Procesal en el Art. 236 que contempla los requisitos que debe contener el dictamen pericial, siendo uno de ellos exponer las cuestiones objeto del peritaje y una relación detallada de las operaciones, de su resultado y la fecha en la que se practicaron.

Todo peritaje debe iniciar con la exposición de los sucesos por parte de la persona evaluada, que consiste en el relato que ésta o su representante proporciona sobre lo sucedido, lo cual no debe confundirse con las valoraciones técnicas que usualmente constan en el apartado denominado "conclusiones", del dictamen correspondiente.

En relación a la metodología a seguir para la valoración de la prueba pericial, y tal como lo sostiene el Doctor José María Casado Pérez, en su obra La prueba en el proceso Penal Salvadoreño: "[...] Los criterios para la valoración de la prueba pericial son idénticos a los que rigen para el resto de los medios de prueba en el proceso penal, por lo que el dictamen pericial se apreciará por el juez de manera integral con las demás pruebas y conforme a las reglas de la sana crítica y la presunción de inocencia […]".

A) Corresponde ahora verificar los insumos que proporciona en primer el peritaje psicológico incorporado en la vista pública mediante su lectura […].

El daño psicológico, implica en algunos casos lesiones psíquicas que pueden desaparecer con el transcurrir del tiempo, o con el apoyo profesional adecuado; y en otros, a secuelas emocionales que persisten en la persona en forma

crónica como consecuencia de un suceso sufrido y que a posteriori afectan el desarrollo de la vida cotidiana; en todo caso el daño psíquico es la consecuencia de un suceso negativo que desborda en la capacidad de afrontamiento y adaptación, V gr. sentimientos negativos: vergüenza, humillación, ira, ansiedad.

Ahora bien, el grado de afectación emocional como consecuencia de un hecho delictivo se encuentra supeditado a diferentes factores, entre ellos el nivel de inteligencia, la fragilidad emocional, el desarrollo psicológico y cognitivo, entre otros; circunstancia que conlleva a inferir que las secuelas de trastornos producidos como consecuencia de ser víctima de un delito, dependerá de la intensidad del ataque sufrido, así como de las circunstancias psíquicas y emocionales desarrolladas por cada persona.

Sin embargo, con solo el hecho que la menor tenga conocimiento de lo sucedido y que a su edad pueda contar sobre el tocamiento realizado por un trabajador del taller del su padre, evidencia un grado de probabilidad que conforme complete su proceso de desarrollo y de su capacidad de memoria, comprenda lo ilícito de dicho acto y sea contraproducente en su psiquis, dicha circunstancia puede robustecerse con el resultado del peritaje psicológico en el que se recomienda tratamiento psicológico.

De las conclusiones que vierte el dictamen relacionado, se llega al entendimiento un tocamiento nunca debe ser tomado a la ligera, un acto de esta naturaleza una conducta ilícita que atenta contra la indemnidad sexual e integridad personal de un menor de edad, con independencia de la realización de un solo tocamiento o de varios."

INEXISTENCIA DE LESIONES FÍSICAS, CICATRICES O DESGARROS EN LA VÍCTIMA NO SON INDICATIVOS QUE UN ACTO DE CONTENIDO SEXUAL NO HAYA SUCEDIDO

"Conforme a lo indicado por el recurrente, el reconocimiento de genitales arroja indicios de gran importancia; es decir, establece la presencia de lesiones producidas por condilomas, indicando aspectos médicos legales en la zona perianal de los que se establece signos habituales maniobras sexuales:

Zona perianal.

De acuerdo, al libro de Medicina Legal, el autor Eduardo Vargas Alvarado, tercera Edición, página 262 y siguientes, refiere:

"[..] El ano: es considerado como conducto muscular; desde el punto de vista anatómico. Tiene 1, 4 a 2 cm de largo. Su parte superior se llama "línea ano-rectal", y pasa por el borde libre de las válvulas semilunares del recto. La parte inferior se denomina "línea ano-perineal" y está a 1 ,5 ó 2 cm por debajo de la superior. [...]"

En concordancia con lo establecido en el reconocimiento practicado a la víctima, los condilomas acuminados se alojaron en la zona perianal, la cual concuerda con maniobras masturbatorias que no precisan una penetración.

Presencia de signo de parálisis refleja. (Esfínter anal externo e interno dilatado)

Importa indicar que no es necesaria la presencia de lesiones sangrantes o en extremo traumáticas para evidenciar una agresión de tipo sexual; ya que por

regla general los tocamientos no dejan huellas, salvo que de ellos se produzca una agresión de mayor intensidad, o que la víctima oponga resistencia.

De acuerdo, al libro de Medicina Legal y Toxicología del autor previamente citado, en la página 503 y siguientes, refiere: "... (Sic)... Como tocamientos en sentido estricto, se comprenden todos los realizados sobre los órganos genitales de las víctimas, si bien aquellos realizados con el pene en cualquier otra dona corporal de la víctima tendrán la misma consideración.

En los niños, el autor suele ser un adulto que procede a maniobras masturbatolias.

En este supuesto, salvo que haya habido contaminación por enfermedades de transmisión sexual, tales maniobras no dejan huellas... (Sic)

Por tanto, como primera conclusión, la inexistencia de lesiones físicas, cicatrices o desgarros en la menor no indican que un acto de contenido sexual no haya lugar; y en segundo, se ha corroborado la transmisión de una ETS."

HIMEN INTACTO CONTEMPLADO EN EL RECONOCIMIENTO MÉDICO PRACTICADO A LA VÍCTIMA, NO ES UNA SITUACIÓN QUE POR SÍ MISMA EXCLUYA UN ATAQUE DE ÍNDOLE SEXUAL

"3.- Vistos los argumentos de la juez de sentencia, se advierte que ésta aduce un estado intelectivo de duda, ello en razón de que la víctima presentó un himen intacto y que los condilomas acuminados aparecen alojados en la zona perianal, y no en la vulva donde la menor dijo que fue tocada por el imputado.

Asimismo, señala que duda que sea el imputado el auto de la agresión sexual debido a que la menor ha mencionado que viven otras personas en su casa.

Frente a ello, es viable dar inicio al ejercicio mental de derivación de los medios de prueba.

Bajo los términos de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, "... (Sic)... Se entiende por derivación de los pensamientos cuando uno proviene del otro y así se forme una concatenada sucesión de reflexiones. De ésta, se extrae el principio lógico de razón suficiente, por el cual todo juicio, para ser realmente verdadero, necesita de un argumento suficiente que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con la pretensión de que sea verdad. En definitiva, la sentencia constituye una unidad lógica jurídica, en cuya parte dispositiva, es decir, la conclusión, se debe verificar un análisis derivado de los presupuestos fácticos y normativos enunciados... (Sic)..." (Sentencia de las nueve horas y cuarenta minutos del día veintinueve de julio de dos mil once, Ref. 479-CAS-2009).

Para una correcta derivación de los medios de prueba, debe realizarse un enlace entre las manifestaciones de los testigos en el juicio y los resultados de la prueba pericial, que al contrastarlas con la prueba documental y pericial.

Frente a la actividad probatoria, la logicidad de la sentencia se encuentra con una problemática de incongruencia, ya que la juez en un primer momento asevera que el tribunal no tiene dudas sobre la existencia del abuso sexual sufrido por la menor; sin embargo, al momento de abordar la fundamentación de la duda razonable, recurre indirectamente a la desestimación de la credibilidad de la menor, por cuanto hace referencia a la confiabilidad de la información que el dicho de la menor aporta para los fines del proceso.

Ello es así, porque este tribunal tiene por ilustrado que la juzgadora pretendió desestimar la autoría del imputado al desestimar la información proporcionada por la víctima, y dijo que no era compatible con la información arrojada por el resultado del dictamen pericial de reconocimiento de genitales; no obstante haber afirmado en párrafos previos la existencia de un abuso sexual.

Dicho esto, la labor de valoración de la prueba, ha fallado en una de sus finalidades, que es reconstruir lo más fielmente posible, los acontecimientos que constituyen el sustrato fáctico al que se limita el pronunciamiento judicial.

De acuerdo, al libro de Medicina Legal y Toxicología de Juan Antonio Gisbert Clabuig, quinta Edición, página 497 y siguientes, refiere en cuanto al acceso carnal: "... (Sic)...

Signos de la desfloración. En mujeres vírgenes, es decir, que no han tenido ninguna cúpula carnal, existe en la línea de unión vulvovaginal una especie de membrana incompleta que se extiende hacia el centro del orificio estrechando su luz dicha membrana se conoce con el nombre de himen. Dada su consistencia habitual, esta membrana es desgarrada al verificarse las primeras relaciones sexuales, constituyendo el signo capital de la desfloración... (Sic)

... (Sic)... Es igualmente necesario recordar que ciertos hímenes, por su elasticidad, pueden resistir el primer coito y aún los sucesivos, de modo que su integridad no se opone a que haya tenido lugar la cópula. El examen del himen, comprobando su resistencia a la dilatación, se hace necesario en estos casos... (Sic)."

De estas breves acotaciones, puede decirse que más allá de la información arrojada por el propio cuerpo de la víctima (que biológicamente estará sujeto a distintos cambios y manifestaciones), no puede exigirse que un reconocimiento de esta índole corrobore en su totalidad las manifestaciones de la menor en cuanto a los eventos constitutivos de abuso sexual. Puesto que dicha pericia únicamente será uno de varios elementos que en determinados casos coadyuvarán a la comprobación de los hechos acusados.

Conforme a lo declarado por la menor, ésta en ningún momento ha señalado que el imputado la hubiese penetrado vaginalmente, sino que habla de rozamientos en sus partes íntimas, y que le metió el dedo en la vulva, hechos que no pueden ser negados en razón que el himen de la víctima estuviese intacto.

Resulta importante aclarar, que el himen intacto contemplado en el reconocimiento médico practicado a la víctima, no es una situación que por sí misma excluya un ataque se índole sexual, ello, en consonancia con los párrafos desarrollados por esta Cámara, ya que ineludiblemente los rozamientos que el imputado realizó, sobre la víctima tienen relevan a penal, y que los mismos han dejado evidencias de una enfermedad de transmisión sexual producto de las maniobras masturbatorias realizadas en perjuicio de la menor.

Por ende, el estado el duda en cuanto a la participación del imputado no puede ser debidamente fundado en la supuesta incongruencia entre los resultados de la prueba pericial y el dicho de la víctima; misma que como ya se apuntó no existe."

DECLARACIÓN DE VÍCTIMA MENOR NO DEJA DUDAS EN CUANTO A LA EXISTENCIA DEL HECHO Y DE LA PARTICIPACIÓN DELICTUAL DEL PROCESADO

"Por otro lado, en relación al recorrido fotográfico o cardex, la juez ha indicado que no le otorga valor probatorio al no haberse realizado bajo control judicial, circunstancia que a su criterio impide que se puede establecer de manera indudable que el acusado haya sido el que hizo los tocamientos en contra de la víctima.

Según la condición de inocente del acusado y la imperatividad de demostrar su culpabilidad en Juicio más allá de toda duda razonable, la praxis en la investigación, persecución y procesamiento de los delitos sexuales, requiere el uso de las herramientas jurisprudenciales y doctrinarias, orientadas a determinar si la conducta sucedió tal como lo refiere la testigo-víctima, solventando así la problemática suscitada por la carencia de otros elementos independientes y autónomos a la víctima, puesto que los delitos sexuales se caracterizan por contar con un único testigo, quien refiere haber padecido la acción típica, es menester valorar la credibilidad de su hipótesis fáctica.

Dada la naturaleza de los delitos sexuales, se carece de otro testigo que confirme esa versión de los acontecimientos que constituyen el marco fáctico del proceso penal en análisis, situación característica de este tipo de ilícitos, en el que se cuenta con un único medio de prueba: la versión de los hechos rendida por la víctima, tanto de forma directa mediante su testimonio, como por las pruebas derivadas producto de aquel (pericias, etc.).

Esa característica es resaltada por la Sala de lo Penal al referir que "[...] Es importante determinar que, por lo general, ésta es la fuente más importante de prueba, ya que los agresores sexuales buscan momentos de intimidad para realizar sus ataques, de manera que es bastante frecuente que en muchas ocasiones sólo exista la versión de la víctima contrapuesta a la del acusado" (Resolución del recurso de casación 412-CAS-2004, de las 10:30 horas del 31/8/2004).

En tal orden de ideas, Climent Duran (CLIMENT DURAN, Carlos, La Prueba Penal, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, Pág. 227 y siguientes), expone una técnica de corroboración de la versión de la víctima, con base a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, la cual comporta tres componentes de análisis:

Ausencia de incredibilidad subjetiva: el examen de la conducta o actitud de la víctima-testigo en relación a los hechos, ello se realiza tomando en consideración:

La inexistencia de móviles espurios, es decir, si existe un ánimo de resentimiento (lo que conllevaría a la denuncia como producto de una venganza) o de fabulación (fantasías, creaciones imaginativas)

La apreciación de condiciones personales, aquí se deberá considerar la edad de la víctima (minoría de edad), la existencia o no de enfermedades (alcoholismo, trastornos de personalidad o mentales).

Verosimilitud: analizar el contenido de la versión de los hechos:

i) Si es lógica (no contrariarse entre sí, ser precisa, consistente)

ii) Si se cuenta con corroboraciones periféricas objetivas (huellas, lesiones sufridas por la víctima, declaraciones de otros, pericias, estado de emoción, etc.).

Persistencia en la incriminación: sí la declaración carece de ambigüedades y/o contradicciones, ello se colige a través de la persistencia de la imputación (prolongada en el tiempo, plural), concreta (narración precisa, sin ambigüedades) y coherente (única, con ausencia de contradicción en sus diversas versiones).

Luego del examen de la declaración de la menor, este Tribunal estima que la manera en la que la víctima comentó los hechos, fue espontánea y clara en cuanto a los detalles del abuso sexual en perjuicio suyo, detallando los momentos de clandestinidad en los que el imputado se acercó a ella y la forma en la que abusó de ella. Incluso de su versión no se descarta el uso de la fuerza (violencia psicológica), y que el elemento amenaza-intimidación se encuentra presente en su relato global de los hechos.

El uso de la violencia psicológica es un dato relevante, que no debe dejarse de lado, puesto que la adolescente expresó que el imputado la había amenazado con matar a su familia si contaba sobre lo que sucedía.

En el caso de mérito, la Juez en la Sentencia se limita a resumir la información proporcionada por la víctima, y el resultado del reconocimiento de genitales, datos que por sí solos se tornan infructíferos a partir que su razonamiento aterrizó en la no concatenación de tal información con el resto de elementos probatorios.

Éste juicio no es válido en la medida que en ningún momento la menor fue cuestionada si tuvo interacción de índole con otra persona, y por ende no se vertieron más elementos que pudiesen apuntar a tal conclusión; no obstante ello, tal desenlace constituye una apreciación subjetiva del pensamiento intrínseco de la A quo, pese a que la víctima ha sido clara que fue […].

La globalidad de su relato no deja dudas en cuanto a la existencia del hecho y de la participación del imputado, no necesitando para el presente caso, la realización de una diligencia de reconocimiento de fotografías o de personas en sede judicial.

El cardex, o recorrido fotográfico, tiene una doble finalidad en la fase investigativa: individualizar e identificar a una persona que le atribuye la comisión de un hecho delictivo. Así, en sede fiscal la menor dijo que […] fue quien le agredió sexualmente.

Por tanto, con el recorrido mediante fotografía se individualizó a un sujeto e se extrae de una generalidad, y se identificó con el nombre de […].

Información que al ser suprimida mentalmente, siempre permanece acreditada en el proceso, ya que al ser reforzada y acuerpada la declaración de la víctima mediante la prueba pericial y documental, se tiene por construida la vinculación del imputado al proceso como autor de los hechos.

En razón de ello, al margen que la juez no otorgue valor probatorio al cardex o recorrido fotográfico en sede fiscal, el imputado siempre se encuentra identificado e individualizado, ya que existe una persistencia en su incriminación."

PROCEDE ANULAR ABSOLUCIÓN, CUANDO ES EQUÍVOCA LA MOTIVACIÓN PROBATORIA ANALÍTICA DE LA SENTENCIA Y CONTRARIA A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

"IV. De acuerdo a estas consideraciones, esta Cámara estima que la motivación probatoria analítica de la sentencia definitiva absolutoria es equívoca, ya que no es cierto que nos encontremos en el caso de una duda razonable.

Ergo, luego del análisis de los elementos de prueba, torna imperativo acoger la apelación, por violación a las reglas de la sana crítica, por lo que es necesario determinar las consecuencias que el recibo de la queja genera.

El art. 475 Pr. Pn., bajo el epígrafe FACULTADES RESOLUTIVAS DEL TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA, establece:

"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 la prueba como la aplicación del derecho.

Según corresponda puede confirmar, reformar, revocar o anular, total o parcialmente, la sentencia recurrida. En caso que proceda a revocarla resolverá directamente y pronunciará la sentencia que corresponda, enmendando la inobservancia o errónea aplicación de la Ley. En caso de anulación total o parcial de la sentencia, ordenará la reposición del juicio por otro tribunal, salvo cuando la anulación se declaré por falta de fundamentación, en cuyo caso corresponderá al mismo tribunal, salvo cuando la anulación se declare por falta de fundamentación, en cuyo caso corresponderá al mismo tribunal.

Cuando la anulación sea parcial de indicará el objeto concreto del nuevo juicio o resolución...".

De esa disposición legal se pueden colegir las facultades que poseen las cámaras de segunda instancia en el marco de un recurso de apelación contra sentencias definitivas (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 el sub índice, la prueba apunta a una conclusión distinta a la formulada por la A quo. De ello se evidencia la necesidad de que la apelación posibilita una revisión integral, incluyendo una nueva valoración de la prueba que debe realizarse en condiciones similares a aquellas que imperaban en el tribunal de primera instancia.

Aunque los Arts. 472 y 474 Pr. Pn. regulan la posibilidad de valorar nuevamente la prueba en la resolución de un recurso de apelación, se requiere que tal ejercicio suceda en un marco de respeto a los principios del juicio oral, entre los que cabe mencionar el de inmediación.

Durante el trámite del recurso el tribunal de alzada necesariamente habrá de ejercer un control que requerirá tomar como premisa las pruebas — incluyendo las personales — y analizarlas a efecto de acoger o rechazar la pretensión del recurrente.

Cuando se trata de sentencias absolutorias, en caso que el tribunal de apelación advierta un error en la valoración del sentenciador, no puede sobre la base de una segunda valoración de pruebas personales que no ha recibido directamente revocar la absolución y sustituirla por una condena.

En supuestos similares habrá siempre un punto de tensión importante, en tanto el respeto al principio de inmediación limitará las facultades de control del tribunal que conoce de la impugnación de la sentencia condenatoria mientras que la aplicación de los tratados antes mencionados exige potenciar una revisión integral de la sentencia condenatoria.

En virtud de lo anterior, la solución que procede frente a una incorrecta derivación judicial a partir de la prueba personal que culminó en una sentencia definitiva absolutoria, es la declaratoria de nulidad de la sentencia impugnada así como .de la Vista Pública que la originó.

Ello provocará su "reenvió completo" para que un tribunal diferente celebre nuevamente el juicio y dicte la sentencia que corresponda."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 348-2018, fecha de la resolución: 03/01/2019

ES UNA MODALIDAD CUALIFICADA, EN ATENCIÓN A LAS CIRCUNSTANCIAS PARTICULARES DE LA PERSONA QUE TIENE CALIDAD DE VÍCTIMA

"2.4) En ese sentido, los hechos -plataforma fáctica- acusados, deben primero someterse a un análisis de correspondencia en relación al tipo penal que se ha venido conociendo, siendo éste el de Agresión Sexual en Menor (Art. 161 Inc. 1° Pn.), dicho precepto legal se encuentra en íntima relación con el Art. 160 *eiusdem*, pues este último representa el tipo básico, mientras el primero es una modalidad cualificada en atención a las circunstancias particulares de la persona que tiene calidad de víctima.

2.5) El Art. 160 Pn., por constituir la modalidad básica del tipo, debe ser inicialmente analizado; y así tenemos que la conducta típica es: "El que realizare con otra persona cualquier agresión sexual que no sea constitutiva de violación, será sancionado con prisión de tres a seis años. Si la agresión sexual consistiere en acceso carnal bucal, o introducción de objetos en vía vaginal o anal, la sanción será de seis a diez años de prisión".

ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO

"2.6) Como punto medular se identifica como elemento normativo del tipo que la agresión sexual no sea constitutiva del delito de Violación. Al remitirnos a las doctrina, encontramos que ésta se pronuncia en el sentido que: "[…] Se trata de los casos en los que el sujeto activo, mediante el empleo de la violencia, obliga al sujeto pasivo a soportar tocamientos o besos de otra persona o realizar tales tocamientos o besos a otra persona, sea ésta o no el sujeto activo, así como el uso de la violencia para obligar a alguien a realizar actos de bestialismo o necrofilia, pero no la mera contemplación de la desnudez. Tradicionalmente se ha exigido contacto físico entre los sujetos, lo que excluiría la punición de los ac-

tos en los que mediante violencia se obliga a otra persona a masturbarse, criterio apoyado por el uso del término agresión, que indica acometimiento físico […]". [Moreno Carrasco, Francisco/Rueda García, Luis. "Código Penal de El Salvador Comentado. Tomo 1", Consejo Nacional de la Judicatura/Escuela de Capacitación Judicial, 2004. Págs. 606, 607] [subrayado de este Tribunal].

2.7) Tenemos que en la doctrina se ha reconocido que en las agresiones sexuales básicas -Art. 160 Pn.- debe concurrir como medio comisivo el empleo de la violencia. Dicho en otros términos, de no establecerse que la conducta, es decir, los tocamientos se hayan producido mediando la violencia, o que se haya empleado la violencia como medio para realizar los tocamientos, la conducta no podrá enmarcarse en el tipo penal de Agresión Sexual. La excepción a esta regla la encontramos justamente en el delito de Agresión Sexual en Menor, -Art. 161 Inc. 1° Pn.-, pues a pesar de emplear el término *agresión* en el acápite del artículo, del contenido del primer inciso se establece que no es preciso el empleo de la violencia para la comisión del delito.

2.8) La Sala de lo Penal, se ha pronunciado respecto a que la Agresión Sexual: "[...] constituyen los actos diversos de accesos corporales, entre los cuales se encuentran todas aquellas formas distintas a las normales del acceso carnal, su ámbito de comisión lo constituyen tanto la comisión del coito bucal o manifestaciones como el rozamiento de los órganos genitales, tocamientos impúdicos que puedan involucrar accesos digitales o linguales u instrumentos que esté fuera del contexto corporal del sujeto activo del delito, en los órganos genitales de la víctima [...]". [Sentencia Definitiva, Ref.: 531-CAS-2009, de fecha 28/11/2012]."

CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS, LEGALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LAS DIFERENCIAS ENTRE LAS AGRESIONES SEXUALES Y OTROS TIPOS PENALES

"2.9) En el mismo precedente citado en el párrafo que antecede, el Tribunal de Casación Penal ha considerado, en un ejercicio de comparación entre las Agresiones Sexuales y el Acoso Sexual, que: "[...] en la primera encontramos que los actos son lascivos y lúbricos que implican no meros tocamientos, sino contacto corporal diverso de acceso carnal y en el segundo, los tocamientos son de naturaleza reiterada, constante con la finalidad de hacer un ambiente hostil para someter a la víctima y de esa forma obtener a cambio el acceso carnal, o como se sostiene en la doctrina, "el acoso sexual es el preludio de una agresión sexual" [...]".

2.10) Vale aclarar que el análisis de comparación con el delito de Acoso Sexual resulta procedente, ya que ambas figuras delictivas contienen elementos similares, específicamente los tocamientos, lo cual en determinado momento puede prestarse a confusiones en cuanto a la interpretación de la norma.

2.11) En otro orden de ideas, la Sala de lo Penal ha establecido un parámetro diferenciador respecto del tipo básico -Otras Agresiones Sexuales, Art. 160 Pn.- y el tipo cualificado -Agresión Sexual en Menor e Incapaz, Art. 161 Pn.-, en el sentido que: "[...] en atención a la calidad del sujeto pasivo, tomando en consideración su edad o capacidad para resistir la conducta, teniendo como requisito que sea menor de quince años o que el sujeto activo se aproveche

de estados de inconsciencia, enajenación mental o vulnerabilidad de la víctima; ahora bien, la conducta del tipo básico que describe el Art. 160 del Código Penal, denominado "Otras Agresiones Sexuales", engloba todos aquellos comportamientos de incuestionable contenido sexual, excluyendo de tales acciones al delito de "Violación", cuyo elemento característico es el acceso carnal, ya sea vía anal o vaginal; en consecuencia deben calificarse como agresiones los actos como tocamientos o caricias que supongan un contenido físico corporal entre el imputado y la víctima, los cuales deben tener cierta entidad o trascendencia [...]". [Referencia 309C2015, de fecha 25/04/2016].

2.12) De acuerdo a la jurisprudencia y a la doctrina, existe un consenso en cuanto a que los actos de tocamiento, para poder constituir un delito de Agresión Sexual -y en consecuencia Agresión Sexual en Menor-, deben ser analizados en el contexto social en el que se producen y según los sujetos intervinientes; siendo necesario que exista cierta gravedad y trascendencia y ser, además, potencialmente idóneos para afectar de modo relevante la sexualidad ajena. [Moreno Carrasco/Rueda García. Op. Cit., Pág. 607].

2.13) Recordemos que, tratándose de la modalidad cualificada de las agresiones, el empleo de la violencia como medio comisivo ya no es determinante como elemento de la tipicidad. Ello deriva en que se necesite el análisis de todo el contexto en el que se produce el evento que se somete al conocimiento del tribunal, a efecto de poder determinar su relevancia penal, entendida ésta de forma amplia, es decir, si es típica y a qué tipo penal corresponde."

LA GRAVEDAD Y TRASCENDENCIA QUE SE EXIGE PARA LESIONAR EL BIEN JURÍDICO, RECONOCIDO POR LA NORMA PENAL SUSTANTIVA, SE DETERMINARÁN DEL ADECUADO ANÁLISIS DE TIPICIDAD

"2.14) Estos nos lleva a someter los hechos acusados, es decir, los contenidos en el dictamen de acusación, a un adecuado análisis de tipicidad, primero, en atención al delito que se imputa, a efecto de corroborar si pueden encuadrarse dentro del tipo penal que ha sido imputado por la Fiscalía General de la República.

2.15) De acuerdo a los hechos que han sido transcritos, este Tribunal advierte que la exposición fáctica hace referencia a que un sujeto tocó a la víctima en sus partes genitales, sobre la ropa y mientras se encontraba jugando en la acera frente a la casa de habitación de una de sus familiares. Así se corrobora de la información aportada por la víctima en el Anticipo de Prueba, que fue inmediado por este Tribunal. En el Anticipo de Prueba, la víctima manifiesta de forma clara y enfática que el sujeto la tocó e inmediatamente después salió corriendo.

2.16) Así, si analizamos tanto la exposición fáctica como la Declaración Anticipada de la víctima, podemos concluir que en ambas se hace referencia a que los hechos -el tocamiento- se produjeron de forma instantánea y no se aprecia en ninguno de los dos relatos -el contenido en el Dictamen de Acusación ni el realizado por la víctima- que haya mediado la violencia en ninguna de sus manifestaciones para que los tocamientos se produjeran; aunque si bien por tratarse de una víctima menor de edad, este requisito no es indispensable; pero sí es un

elemento a considerar, pues de acuerdo al marco fáctico, el sujeto se valió de la sorpresa o estado de descuido en que la víctima se encontraba para la realización de la acción.

2.17) Siempre en atención al análisis de tipicidad respecto del delito que ha sido imputado, debe ser analizada la conducta como tal, es decir, el señalamiento concreto que se hace respecto del encartado de la acción realizada en contra de la víctima. Y así tenemos que tanto en el cuadro fáctico, como en la Declaración Anticipada de la víctima, se hace referencia a un tocamiento que reviste dos características que deben resaltarse.

2.18) La primera de estas características, es que se llevó a cabo de forma instantánea; la segunda, que se realizó sobre la ropa. Ambas circunstancias deben ser consideradas para lograr ubicar la conducta imputada en el tipo penal correspondiente. Como ya se dijo, los actos deben ser analizados en el contexto social en el que se producen, según los sujetos que intervienen, y la gravedad y trascendencia que se les exige para lesionar el bien jurídico reconocido por la norma penal sustantiva.

2.19) Debemos considerar, aunque suene repetitivo, que los delitos de violencia sexual suelen denominarse por la doctrina como *delitos de alcoba*, porque por la naturaleza misma de la conducta y el fin perseguido por el sujeto activo, que es la satisfacción de contenido sexual, suelen realizarse en ambientes privados o apartados de otras personas que pudieran presenciar la realización del hecho. Esto es así en atención a que el fin lúbrico que se pretende satisfacer a través del delito de Agresión Sexual, difícilmente puede satisfacerse en un espacio público, transitado o en el que se prevé la posible aparición de otras personas, pues estas condiciones no permiten u mayor grado de invasión en la intimidad de la víctima.

2.20) También, y aquí conviene profundizar, es necesario analizar la conducta imputada en una relación directa con el tipo penal que se pretende acreditar, ya que el análisis de tipicidad sólo será superado satisfactoriamente cuando la conducta en su totalidad pueda enmarcarse dentro del tipo penal, de tal modo que si en ese ejercicio de encuadramiento típico hay alguna circunstancia que falte o que sobre, deberá concluirse que el tipo penal no ha sido adecuadamente invocado por el Ministerio Público.

2.21) Así, al analizar los hechos acusados, nos encontramos ante un tocamiento instantáneo que se realizó en la vía pública. Respecto a la temporalidad del tocamiento, su carácter de instantáneo, debemos decir que no hay especificidad en cuanto a la duración del tocamiento en el tiempo; sin embargo, tanto del marco fáctico como de la declaración de la víctima, puede concluirse que el tocamiento no fue prolongado, ya que en ambas fuentes se hace referencia a que el sujeto sólo la tocó y salió corriendo."

2.22) Cabe analizar si este acto como tal es capaz de ser subsumido por el tipo penal descrito en el Art. 161 Pn., para ello debe tenerse en consideración que la conducta debe tener la gravedad y la trascendencia suficientes para afectar la indemnidad sexual de la víctima. Si bien el legislador no puede establecer un parámetro temporal de duración para tener por establecido el tipo penal; es indispensable que la conducta se analice en su integralidad para poder determinar si el análisis de tipicidad se supera de forma satisfactoria.

2.23) El *quid* del asunto radica en poder determinar ese grado de gravedad o relevancia que produjeron los tocamientos; para ello, es necesario auxiliarse de los elementos periféricos que se han practicado durante la investigación, como es el Peritaje Psicológico, practicado a la víctima por los Psicólogos Forenses […], ambos adscritos al Instituto de Medicina Legal "Dr. Roberto Masferrer".

2.24) En el peritaje en mención no se consigna que la víctima presente indicadores propios de las víctimas de delitos sexuales. Este es un elemento de especial importancia, para poder configurar el carácter de grave o trascendente de los tocamientos, que es necesario para la adecuación de la conducta al tipo penal de Agresión Sexual en Menor.

2.25) Siempre en relación a los elementos periciales, es procedente mencionar, respecto al Reconocimiento Médico Forense de Delitos Sexuales, de folios 112, practicado por la Doctora […], el cual excede las funciones de la prueba pericial, pues la perito emplea el término *ataque sexual*, siendo la calificación jurídica de la conducta una tarea propia de los aplicadores de justicia. El exceso consiste en realizar un juicio de tipicidad que no es atribución de los forenses, sino de los Juzgadores, dado que el valor del peritaje es aportar elementos de prueba sobre los conocimientos especiales del perito.

2.26) Si tenemos en cuenta el contexto en el que de acuerdo al dictamen de acusación se produjeron los hechos, podemos destacar los siguientes aspectos: (i) Se produjeron en un sector populoso, denominado Residencial Altavista 2, pasaje 24, Polígono "N", Tonacatepeque; (ii) A una hora en la que aún se contaba con iluminación natural; (iii) La víctima se encontraba en compañía de otro niño; (iv) Dura un instante, sin cometerse ningún otro acto; (v) Se realiza sobre la ropa de la menor; (vi) La víctima refiere que pudo ver como el sujeto se aproximaba a ella.

2.27) Las circunstancias apuntadas, al ser examinadas en su conjunto, nos llevan a la conclusión que la ausencia de violencia, la breve duración del tocamiento y el hecho que este se produjera sobre la ropa, ¿Serán constitutivo del delito de Agresión Sexual en Menor, previsto y sancionado en el Art. 161 Pn., o de falta, que consiste en ofender a la familia, buenas costumbres y al decoro público, comprendida en el Número 4) del Art. 392 del mismo Código, realizando un tocamiento impúdico?

2.28) Sobre este último punto, merece una especial acotación la gravedad y trascendencia que deben exigirse de la conducta para considerarse con el alcance suficiente para lesionar, o al menos poner en riesgo, el bien jurídico protegido, que en este caso se trata de la *indemnidad sexual*. El cual, como ya se expuso, no se advierte como lesionado, toda vez que los profesionales en Psicología Forense no concluyeron que la víctima presentara los indicadores que son comunes en las víctimas de delitos de violencia sexual.

2.29) Con base a los hechos acusados y a la declaración de la víctima, este Tribunal es del criterio que los tocamientos que se le imputan a [imputado], no tiene la magnitud suficiente para ser constitutivos del tipo penal descrito en el Art. 161 Pn., pues el carácter de instantáneo y haberse producido sobre la ropa de la víctima, no permiten calificarlos con la gravedad y trascendencia necesaria para ser constitutivos del tipo penal invocado.

2.30) Si la doctrina se ha pronunciado en el sentido que la conducta que se imputa como agresiva de la sexualidad debe revestir ciertas gravedad y trascendencia, para ello es necesario que la conducta no solo tenga una prolongación temporal que se estime suficiente, sino que además debe considerarse el grado de invasividad que se atribuye a la conducta, el cual debe ser analizado tomando en consideración criterios estrictamente objetivos.

2.31) Así, en primer lugar, aunque se trate de un tocamiento producido en una zona anatómica localizada en la región púbica del cuerpo, si este es de carácter instantáneo, si se produce sobre la ropa de la víctima, aprovechando un descuido de ésta y en un lugar que hace imposible que el grado de invasividad corporal sea mayor por ser un lugar público, transitado aún en horas del día; la conducta carece de la gravedad y trascendencia suficiente para lesionar la indemnidad sexual, y en consecuencia no puede ser calificada jurídicamente como Agresión Sexual en Menor.

2.32) El bien jurídico, como elemento del tipo, cumple la función de poder establecer el tipo penal frente al cual nos encontramos. Es decir, que el análisis de tipicidad cumple una función de extrema importancia, pues partiendo del bien jurídico tutelado por el legislador, es que debe analizarse la potencialidad de la conducta de convertirse en lesiva.

2.33) Identificado que ha sido la *indemnidad sexual* como el bien jurídico reconocido por el legislador en el Art. 161 Pn.; debemos decir que las normas penales tienen una función protectora de bienes jurídicos y eleva a la categoría de delitos los comportamientos que lesionan o ponen en riesgo de manera más grave, los bienes jurídicos que se consideran más importantes para lograr la convivencia de los seres humanos en sociedad.

2.34) El bien jurídico *indemnidad sexual*, sólo puede lesionarse por aquellos actos que supongan un alto de grado de invasión a la intimidad de la víctima, a través de los medios que se encuentran descritos en el tipo básico, es decir, una agresión sexual distinta del tipo de Violación.

2.35) En ese sentido, la invasividad que supone un tocamiento breve o instantáneo en la región púbica de la víctima, en un lugar transitado, populoso, habitacional y aprovechando un descuido de ésta, mientras se encontraba jugando con otro niño, y sobre su ropa, no supone el grado de afectación suficiente para poder considerar la conducta como constitutiva del tipo penal descrito en el Art. 161 Pn.

2.36) Sin embargo, la no adecuación al tipo penal de Agresión Sexual, no debe interpretarse, como la completa ausencia de tipicidad de la conducta, o su atipicidad. Analizando la conducta, como ya se ha mencionado, de acuerdo al marco fáctico contenido en el Dictamen de Acusación y señalado por la víctima en su Declaración Anticipada, es procedente, completar el juicio de tipicidad con otra de las conductas que se encuentran tipificadas en el derecho penal sustantivo.

2.37) La normativa penal sustantiva reconoce una amplia gama de bienes jurídicos, y dependiendo de la importancia que la lesión de éstos ha merecido para el legislador, éste mismo se ha encargado de hacer la dosificación abstracta de las posibles penas a imponer. La importancia que supone el concepto de bien

jurídico, radica, entre otras, en la necesidad de analizar si la conducta imputada ha sido capaz de lesionar o, siquiera, poner en una situación de riesgo o de peligro el bien jurídico.

2.38) Para Enrique Bacigalupo: "[...] Toda selección y ordenación de bienes jurídicos, por tanto, presupone una concepción social y consecuentemente también ética. La decisión del legislador de penalizar ciertos comportamientos lesivos de intereses, es decir, los reputa merecedores de tutela y, además, les asigna un rango de importancia en el orden de intereses, rango del que deduce la legitimidad de protegerlos mediante una amenaza penal [...]". [Bacigalupo, Enrique. "Manual de Derecho Penal", 2ª reimpresión, editorial Temis, 1994].

2.39) Esta selección, es de gran importancia, pues debemos reconocer que la descripción de las conductas típicas, su clasificación en Delitos o Faltas –At. 18 del Código Penal- y la determinación en abstracto de su consecuencia penal, es exclusiva atribución del Órgano Legislativo, que es el encargado de realizar establecer en la ley, cuales son las conductas merecedoras de reproche y la severidad de este reproche."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 75-ANTEJ-2019, fecha de la resolución: 05/11/2019

ANTEJUICIO

CONTROL PREVIO A LA EVENTUAL JUDICIALIZACIÓN DE UNA IMPUTACIÓN A FUNCIONARIOS PÚBLICOS, CUYA COMPETENCIA ESTÁ ATRIBUIDA A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

"En primer lugar, la solicitud de admisión de antejuicio -tal y como fuere solicitado en el numeral primero del petitorio- no es una actuación que se encuentre dentro del espectro de posibilidades legalmente habilitadas a este Tribunal. Como ya se ha hecho hincapié, el antejuicio es un control previo a la eventual judicialización de una imputación a funcionarios públicos y su cometido es eminentemente servir como un filtro para determinar si esta tiene o no un posible móvil político.

Para el caso en concreto, siendo el señor Nayib Armando Bukele Ortez el actual Presidente de la República, el artículo 236 párr. primero Cn. es claro en designar a la Asamblea Legislativa como el ente ante el cual *responderá* dicho funcionario ante la imputación de un ilícito oficial o común. Debe decirse que, si bien el vocablo "responder" resulta un tanto ambiguo en cuanto a su extensión y efectos; es indudable que por las características mismas del antejuicio, la Asamblea Legislativa conserva el control sobre la totalidad de los actos que implican su trámite: desde la recepción y admisión de la solicitud, su estudio y discusión, hasta la determinación final sobre si hay o no lugar a formación de causa.

Por tales razones, se perfila que la primera pretensión deducida del petitorio del escrito resulta improcedente, dado que choca frontalmente con atribuciones propias del Poder Legislativo.

LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN DEL DELITO, PÚBLICA O PRIVADA, O SU GRAVEDAD, GRAVES O MENOS GRAVES, NO ES PARÁMETRO DE COMPETENCIA

"En cuanto a la segunda pretensión deducible del escrito, que es la sola remisión de la denuncia a la Asamblea Legislativa, esta -sostiene el peticionario- encuentra su raíz en la interpretación hecha por la Sala de lo Constitucional en la Inconstitucionalidad 21-2014; sin embargo, resulta incongruente que construya la viabilidad jurídica de su pretensión a partir de la misma pero que, a la postre, reconozca que esta no trata sobre delitos de acción privada.

Y es que, de una lectura sosegada de esta sentencia, resulta evidente que sus teorizaciones se incardinan primordialmente a clarificar el alcance del art. 236 Cn. que se ha visto reconfigurado a partir del cambio de paradigma inquisitivo hacia uno acusatorio, y la redefinición que esto ha significado para el rol que el Fiscal General de la República cumple. Sin embargo, al interpretar esta disposición la Sala no ha explicado a qué responde la inclusión del parámetro de *gravedad* (numeral segundo del fallo), que sólo se encuentra textualmente considerado en el art. 238 Cn. para el antejuicio a Diputados, junto con la referencia a delitos *oficiales* y *comunes*, que sí están textualmente mencionados en el referido artículo.

Esta ambigüedad ha conducido a un error al peticionario puesto que ha estimado que siendo los delitos acusados de naturaleza común y menos graves por no exceder de los parámetros dispuestos en el art. 18 Pn, nos encontramos ante supuestos no previstos por la Constitución. Y es que, no obstante se reconoce no hay una mención expresa y terminante a la forma de proceder en casos como el planteado, sí es cierto que por sobre las anfibologías notadas en la sentencia en mención, ésta plantea una serie de principios por mucho útiles que, integrándolo con disposiciones de nuestro ordenamiento procesal, proveen una respuesta a lo planteado."

LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES ESTÁN INHIBIDOS DE CONOCER EN CUESTIONES PREVIAS AL JUZGAMIENTO, DE CONFORMIDAD AL PRINCIPIO ACUSATORIO

"La Sala de lo Constitucional ha reconocido tres aspectos esenciales en dicha sentencia: la importancia del antejuicio como mecanismo de protección a funcionarios y al funcionamiento de los componentes gubernativos; el principio acusatorio como paradigma de un proceso penal acorde a la Constitución; y la importancia del control interorgánico desplegado en el antejuicio.

Sobre la función profiláctica del fuero y antejuicio ya se ha discurrido suficiente, al menos para lo que interesa a esta decisión; pero es muy importante apuntar que la transición de nuestro proceso penal desde un modelo inquisitivo hacia uno de corte acusatorio mixto ha generado modificaciones importantes en nuestra dinámica procesal: mientras el Fiscal General de la República es quien dirige la investigación del delito y promueve la acción penal -art. 193 No. 3° Cn.- en los casos de acción pública/previa instancia particular; el Juez pasa a ser de investigador de los hechos a un asegurador de la observancia a los derechos, garantías y principios dentro del proceso penal.

Aunque es innegable que, para este caso que se trata de ilícitos de acción privada, se encuentra por antonomasia excluida de consideración la participación de la Fiscalía General de la República; sí es sumamente importante la implicación que el principio acusatorio tiene respecto del papel del Órgano Judicial en el Antejuicio, y es que su intervención en cuestiones previas al juzgamiento no está justificada.

Este argumento se refuerza cuando se entiende que entre el art. 236 Cn, 421 y 423 Pr. Pn. es de complementariedad. De hecho, según la norma resultante de la interpretación sistemática de estos preceptos, es claro que la intervención del Órgano Judicial es hasta que se declara existe lugar a formación de causa -art. 423 párr. segundo Pr. Pn.- y que como medios para canalizar todo lo relativo a la solicitud, admisión y demás trámites relativos al antejuicio, el art. 421 *in fine* Pr. Pn. establece una potestad para denunciar suficientemente amplia: desde la Fiscalía General de la República, pasando por "*cualquier persona*", entendiendo se refiere a la facultad de denunciar personalmente un hecho delictivo; e incluso aquellas personas que estén *facultadas para querellar*.

Por ende, la segunda pretensión deducible del escrito presentado también resulta improcedente, puesto que esta Cámara no es el mecanismo idóneo para canalizar la remisión de la denuncia ahí contenida hacia la Asamblea Legislativa."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: APL-378-2019, fecha de la resolución: 19/12/2019

ES DE APLICACIÓN EXCLUSIVA PARA AQUELLOS CASOS EN LOS QUE LA CONDUCTA IMPUTADA ES CONSTITUTIVA DE DELITO

"3.1) La calificación jurídica de las conductas imputadas, produce varias consecuencias dentro del proceso penal, no sólo las que se refieren a la posible consecuencia penal que corresponda para el responsable; sino que una vez que se logra establecer una distinción entre acciones constitutivas de delito o de falta, esta distinción tiene consecuencias de orden material; pero también las tiene de orden procesal, como son las de determinar las distintas competencias de los distintos órganos jurisdiccionales encargados de enjuiciar los delitos, el tipo de procedimiento, entre otros. [Muñoz Conde. Op. Cit. Pág. 5].

3.2) Esto último es de especial importancia, pues el cambio en la calificación jurídica de la conducta, tiene una incidencia directa en la modalidad del proceso sobre el cual debe tramitarse la causa y también en el órgano jurisdiccional encargado de conocer del mismo.

3.3) Por mandato del Constituyente, contenido en el Art. 236 Pn., se establece que, entre otros funcionarios públicos, los Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, cargo que ostenta el imputado a la fecha de comisión de los hechos que se acusan, serán procesados bajo la modalidad del Procedimiento Especial de Antejuicio, en la forma que para tal efecto determine la ley. Ese mandato constitucional se encuentra desarrollado en el Código Procesal Penal, de los Arts. 419 al 429 del Código Procesal Penal.

3.4) El precepto constitucional es claro en reservar el privilegio de Procedimiento Especial de Antejuicio cuando la imputación sea por delitos oficiales y comunes; pero, en definitiva, se encuentra reservado para los casos en los que la conducta que sea imputada al funcionario constituya un delito, sea este oficial o común. Nótese como nada dice respecto a la subclasificación entre delitos graves y menos graves.

3.5) En ese sentido, y por exclusión, los funcionarios a los que se refiere el Art. 236 Cn., sólo serán sujetos del Antejuicio cuando la imputación sea por un Delito; sin embargo, cuando la conducta se califica como Falta, como sucede en el caso que nos ocupa, desaparece la condición subjetiva de procedencia del privilegio constitucional del Antejuicio y el funcionario deberá ser sometido a la Jurisdicción Ordinaria.

3.6) Por Jurisdicción Ordinaria, nos referimos a que desaparece el requisito para que el proceso se tramite como un Antejuicio; y se hace procedente la tramitación de la causa de conformidad al Procedimiento por Falta, regulado en los Arts. 430 a 435 Pr.Pn., pues, como ya se mencionó, el Procedimiento Especial de Antejuicio, es de aplicación exclusiva para aquellos casos en los que la conducta imputada sea constitutiva de Delito.

3.7) En ese sentido, es procedente que este Tribunal se inhiba para continuar conociendo de la causa, por haber desaparecido la condición subjetiva que habilita su competencia para conocer como Tribunal de Primera Instancia, y que de conformidad al Art. 57 Inc. 1° Pr.Pn., se requiera las actuaciones al funcionario judicial correspondiente, que de acuerdo al Dictamen de Acusación, corresponde que sea el Juzgado de Paz de Tonacatepeque, por ser éste el lugar en que se señala como cometido el hecho punible, tipificado en la Ley como Falta, atendiendo a su menor gravedad, por lo que las pena que se imponen por las faltas, suelen ser menos graves que las de los delitos y se intenta evitar las penas privativas de libertad, y en su lugar se imponen penas pecuniarias o la privación de derechos."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 75-ANTEJ-2019, fecha de la resolución: 05/11/2019

APLICACIÓN DE LEY MÁS FAVORABLE

PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD SE VE MERMADO CUANDO NUEVA LEY TIENE RESULTADOS MÁS FAVORABLES PARA EL PROCESADO

"... 2. Para llevar a cabo el análisis adecuado relativo a la ley penal en el tiempo, es necesario hacer referencia al principio de legalidad, pues este mismo nos lleva a la composición de una idea perseguible por todo Estado de Derecho; dicha idea es la de seguridad jurídica. Y es que, el principio de legalidad se torna de importancia absoluta en materia penal, ya que mediante la aplicación de esta categoría jurídica se restringe uno de los derechos más apreciados y defendidos en la historia, es decir, la libertad.

En ese sentido, se encuentra reflejado (en su vertiente sustantiva) en el artículo 1 CP, mismo que expone:

"Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya prescrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad"

Ahora bien, trasladado al ámbito procesal, el art. 2 CPP regla:

"Toda persona a la que se impute un delito o falta será procesada conforme a leyes preexistentes al hecho delictivo de que se trate y ante un juez o tribunal competente, instituido con anterioridad por la ley".

Desde esta perspectiva se puede establecer que el principio de legalidad implica certeza, confianza, seguridad para el ciudadano, entendidas en sentido formal -como reserva absoluta de la ley para definir los delitos y sus penas.

Es así como se puede decir que el principio de legalidad tiene diversas manifestaciones, tales como la prohibición de dictar leyes con efectos retroactivos desfavorables (irretroactividad de las leyes) y aplicar leyes a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia (principio de vigencia temporal).

De este último se desprende el aforismo jurídico – aludido por la Acusación Pública - *"tempus regit actum"* [el acto es regido por el tiempo], es decir, que la ley no puede ni debe aplicarse sino a aquellos hechos cometidos bajo su período de vigencia temporal.

No obstante, el principio de irretroactividad se ve mermado cuando la nueva ley que se crea tiene resultados más favorables para aquella persona a la que se aplica justicia, permitiendo de esta manera – como caso excepcional – que la ley aplique para él con efectos retroactivos. Así se puede apreciar de la lectura del artículo 21 de la Constitución de la República:

"*Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materia de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente*".

Ahora bien, estas diversificaciones del principio son perfectamente atendibles por Claus Roxin, en su libro Derecho Penal: Parte General, Tomo I:

"La 'ley que está vigente en el momento del hecho', ha de haber entrado en vigor ya en ese momento y no puede haber dejado -sea por derogación, por transcurso de un plazo temporal, por Derecho consuetudinario en contra o por falta de objeto- de estar en vigor. El 'momento del hecho', según disposición legal expresa, es el momento 'en el que ha actuado el autor o el participe, o, en el caso de omisión, en el que tendría que haber actuado" [Claus Roxin; Derecho Penal: Parte General, Tomo I: Fundamentos: La estructura de la teoría del delito, Editorial CIVITAS, 2da edición, año 1997, Madrid, España, pág. 162].

Dicho planteamiento apoya la postura que, al momento de aplicar alguna sanción a una persona que ha cometido un ilícito penal, ya sea por acción o por omisión, se le debe de hacer una adecuación conforme al principio de legalidad analizado, es decir, se debe de valorar su conducta conforme a la ley que se encontraba vigente al momento de cometer el hecho.

De ahí que se pueda advertir que los postulados de la aplicación de la ley penal en el tiempo tienen un objetivo político criminal: evitar que se legisle de forma arbitraria para tipificar una conducta de una persona en específico e incluso que se busque una sanción mayor por motivos eminentemente personales.

Es por ello, que dichos postulados sostienen que es necesario que exista una ley penal que sancione determinadas conductas de forma clara y específica;

y que, si dicha conducta es realizada por alguna persona, se requiere que se realice un correcto juicio de adecuación de la conducta a la norma y que se aplique la sanción, ya sea privativa de libertad o alguna otra, con la cual se persiga siempre el objetivo final y natural del derecho penal: la resocialización.

Entonces, si al momento en el que una persona comete cierta conducta que se considera delito, es necesario que para que pueda ser sancionada, exista una ley vigente que regule la misma. Y si posterior a dicha ley se crea otra que deroga completamente la anterior, tendrá que hacerse un ejercicio interpretativo y racional respecto de la conducta, con el objetivo de identificar, en primer lugar, cuando se cometieron las conductas reprochables, y como consecuencia de ello, verificar que ley se le debe aplicar; lo cual se verá complementado con el principio de irretroactividad de la ley penal.

Ello es reconocido por el propio autor esbozado por la Acusación Pública: Claus Roxin, a lo largo de su "Derecho Procesal Penal" (Editoriales del Puerto, Buenos Aires, 2000)...".

JUICIO DE FAVORABILIDAD IMPLICA QUE SI UNA LEY DICTADA CON POSTERIORIDAD AL ACONTECIMIENTO DE LOS HECHOS QUE SE ESTÁN JUZGANDO ES MÁS FAVORABLE SERÁ NECESARIA SU APLICACIÓN

"... Una vez desarrollado lo anterior, es necesario mencionar que, a partir de la correcta adecuación de los hechos a la disposición jurídica, se vuelve imprescindible indicar que todo lo que se origina de dicho análisis se tendrá que resolver a la luz de la norma que se ha decido aplicar, tal es el caso de la prescripción.

Ante ese escenario se resalta lo establecido por la Sala de lo Penal en el expediente marcado con referencia 64C2012, en donde se expresó de la siguiente manera:

"[…] *esta Sala advierte que, todo Juez o Magistrado, está obligado a aplicar preferentemente la Constitución de la República, de conformidad con lo regulado en los Arts. 172 Inc. 3° y 246 CN., lo anterior significa que todo Tribunal está en el deber de tener como parámetro de cualquier decisión que se adopte, no sólo la ley secundaria, sino también la normativa constitucional.*

Al respecto, esta Sala considera que, como resultado del Principio de Seguridad Jurídica y de legalidad, la acción penal se extingue, entre otras razones, por el mero transcurso del plazo pertinente, es decir, la prescripción que opera de pleno derecho y que puede ser declara en cualquier estado de la causa, toda vez que sean cumplidos los requisitos legales que impone su declaración. En tal sentido, es a través de esta institución que el Estado cesa su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la respectiva ley, ello tiene lugar cuando se ha dejado transcurrir el plazo establecido por el legislador para el ejercicio de la acción sin haber adelantado las gestiones necesarias tendientes a determinar la responsabilidad del infractor de la ley penal, lo cual implica que la autoridad judicial competente pierde la potestad de seguir con la investigación del asunto" (sentencia pronunciada a las diez horas y treinta y cinco minutos del veintiuno de noviembre de dos mil doce).

Es a partir de dicho enunciado que se vuelve importante identificar en qué momento fue consumada la conducta, pues será a partir de dicho momento en el que se iniciará a tomar en cuenta el transcurso del tiempo, con efectos de la prescripción.

Para efectos de analizar el presente caso, es importante mencionar que cuando se trata del delito de lavado de dinero y activos, estamos ante la presencia de un delito de mera actividad [Nelsón Mena – Organización de los Estados Americanos – Sección Anti lavado de Activos Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas; El delito de lavado de dinero y activos y su estructura jurídica: Taller sobre técnicas especiales de investigación; Lima, Perú; Año 2013], por lo que basta con que la realización del tipo coincida con el último acto de la acción, no produciendo un resultado separable de ella.

Entonces, en este caso el delito se consuma con el mero hecho de que se introduzca dinero proveniente de una actividad delictiva (es decir, obtenido de forma irregular), al flujo legal, por medio de herramientas legalmente establecidas para el manejo y control del dinero, siempre y cuando se compruebe también el dominio del hecho.

De esa forma es como se puede concluir que al momento en el que se conozca precisamente cuando se llevó a cabo la conducta (y por supuesto, la consumación de la misma) es cuando se podrá determinar qué ley se aplicará a la misma (que implica la discusión en el caso de autos), y de esa forma podrá identificarse también la regla de prescripción que tendrá que ser observada.

Sin embargo, no puede soslayarse que aún en las normas procesales es posible efectuar un **juicio de favorabilidad**, lo cual es concordante con lo que expresó anteriormente al hacer referencia al texto constitucional, por lo que es necesario realizar las siguientes consideraciones.

En relación a lo establecido previamente, se puede decir que lo mismo aplica para identificar el proceso a aplicar una vez que sea iniciada la persecución penal del ilícito, sin embargo, las regla no varían en cuanto a la aplicación de ley penal; y es que para la etapa procesal basta con identificar que se aplicarán las reglas procesales **que se encuentren vigentes al momento en el que se inició la acción penal**.

Dicho enunciado tiene su respaldo jurídico en el artículo 504 CPP, que dice:

*"Las disposiciones de este Código se aplicarán desde su vigencia a los procesos futuros, **cualquiera que sea la fecha en que se hubiere cometido el delito o falta**".*

Por lo tanto, este Tribunal de apelaciones afirma que en el caso de la aplicación de la ley penal en el tiempo se tendrá que llevar a cabo un análisis minucioso del momento exacto en el que sucedieron los hechos, para verificar cuál será la ley a aplicar, esto en el caso que en el transcurso de cierto tiempo se hayan regulado dos normativas en similar sintonía entre una y la otra, lo cual identificará que reglas serán aplicables respecto de la prescripción.

Y para el caso de la normativa procesal a aplicar, basta con señalar en qué momento se inició la acción penal, para identificar las reglas procesales que procederán.

Ahora bien, como se ha venido mencionando, existen límites trascendentales que deben ser observados para identificar cuál será la ley a aplicar, siendo el primero de ellos, la correcta identificación la ley procesal que se encontraba vigente al momento de realizarse la conducta. Y, en segundo lugar, si posterior a ello, se ha promulgado una ley nueva que regule – de forma diferente – el mismo

tema tendrá que analizarse bajo el ***juicio de favorabilidad***, lo cual se encuentra ligado con la irretroactividad y ultractividad de la ley.

De ello se advierte que, si una ley que se dicte con posterioridad al acontecimiento de los hechos que se están juzgando, pero ésta contiene elementos más favorables para la persona inculpada, será necesaria su aplicación, en correcta observancia los artículos 21 de la Constitución de la República, 13 y 14 del Código Penal. Ahora bien, si la nueva ley promulgada contiene elementos más degradantes para la situación jurídica del procesado, será posible aplicar la ley que sufrió derogatoria de forma ultractiva, ello por el hecho de contener aspectos más favorables para los incoados.

En ese sentido se ha pronunciado la Sala de lo Penal, en la sentencia de las ocho horas con veinticinco minutos del veintitrés de enero de dos mil diecisiete, en el proceso marcado bajo la referencia 26-CAS-2016, en donde expresó lo siguiente:

"En cuanto a la aplicación temporal de la ley, se entenderá que una norma es retroactiva, cuando surta efectos sobre hechos pasados, es decir, regulando situaciones existentes con anterioridad a su vigencia. Este concepto puede ser comprendido en su dimensión positiva y negativa. La primera, es de aplicación obligatoria para el juzgador siempre que el inculpado resulte beneficiado; la segunda, implica por su parte, una prohibición en su empleo en tanto que simbolice una desmejora para la situación jurídica del enjuiciado. Por su parte, la ultractividad de la norma se refiere a que un precepto que ya no se encuentra vigente, continúa surtiendo efecto en situaciones jurídicas configuradas con anterioridad a su derogación"

[…]

Según lo establecido en el Art. 15 relacionado, la ley debe ser previa al "hecho" – conducta humana- que da origen al proceso, esto es el hecho material del delito, pues en la ley debe regularse la descripción típica del hecho punible con todas las situaciones hipotéticas en que podría incurrir quien delinque y la pena o sanción que corresponde al mismo; es decir, dicha disposición indica que todo acto o conducta se debe regir por la ley vigente al momento de su realización ("tempus regit actum"); como norma general, prohibiendo la aplicación extractiva de la ley, sea que ello se haga retroactivamente -actividad hacia atrás- o ultractivamente -actividad hacia futuro-; sin embargo, atendiendo al carácter restrictivo de la libertad que tienen las leyes penales es posible, en aplicación del principio de favorabilidad, excepcionar dicho postulado general y de tal forma aplicar una ley derogada a casos futuros y utilizar la ley nueva para hechos pasados".

En igual sentido se ha pronunciado la misma Sala de lo Penal, en la sentencia pronunciada en el proceso marcado con la referencia 20-CAS-2017, en donde se apoya el argumento relativo al principio de favorabilidad. Así como jurisprudencia de esta Cámara en los procesos marcados bajo las referencias 217-2018-5 y 112-2019-4.

Es importante considerar que, tradicionalmente se ha entendido que, en virtud del principio de favorabilidad en materia penal, se busca garantizar plenamente el derecho fundamental al proceso constitucionalmente configurado, de manera excepcional, es posible reconocer efectos ultractivos a las disposiciones

que han sido eliminadas del ordenamiento jurídico, tanto por vía **de la derogatoria** (como en el presente caso) como por la declaratoria de inconstitucionalidad, para efectos de regir los recursos, los trámites y las actuaciones que se iniciaron previamente a la exclusión de la ley del sistema legal, durante el término en que se encontraba vigente y mientras estuvo amparada por la presunción de constitucionalidad.

Lo anterior es así, si se tiene en cuenta que el **principio de favorabilidad** comporta una garantía esencial del derecho al proceso constitucionalmente configurado y, como tal, el mismo no puede ser desconocido en ningún escenario legal o judicial donde su aplicación sea indispensable para asegurar el **respeto de un orden legal justo...".**

NO EXISTE OBLIGACIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL PARA DECLARAR SI UNA DETERMINADA LEY ES O NO DE ORDEN PÚBLICO

"... Ahora bien, también es posible analizar el hecho que la situación jurídica se haya o no consolidado, pues si la misma se encuentra debidamente consolidada, no existe en realidad discusión en cuanto a la ley que se aplicará pues en realidad no existe conflicto, sin embargo, cuando la situación no se encuentra consolidada (que para el caso sería el cumplimiento del plazo para considerar aplicable la prescripción), si es posible hacer el juicio de favorabilidad que se ha venido verificando.

Esta Cámara destaca que todo lo que se ha abordado anteriormente, en relación a la aplicación de la ley penal más favorable, no constituye un criterio arbitrario, antojadizo o automatizado de acuerdo al caso, sino que el mismo se trata de un criterio homogenizado a nivel constitucional.

De esa forma se destaca lo expresado por la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad marcado con referencia 15-96 Ac, en resolución de las quince horas del catorce de febrero de mil novecientos noventa y siete, en donde se afirmó que la Constitución de la República, promulgada en el año 1983 acoge el texto del artículo 21, guarda estrecha similitud con los textos de las Constituciones de los años 1883, 1886, 1950 y 1962, pues cada uno de los textos promulgados se ha considerado – esencialmente – lo siguiente:

"Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materia de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente".

Ahora bien, no obstante que dicha disposición – actualmente – le brinda la facultad a la Corte Suprema de Justicia de determinar cuándo se está frente a una materia de orden público y cuando no, sin embargo, aunque dicha facultad se encuentra regulada en la Constitución, tal y como se dijo en la sentencia relacionada, no implica que exista una obligación del órgano judicial de declarar si determinada ley es o no de orden público...".

ESTADO SE ENCUENTRA IMPEDIDO DE EJERCER SU PODER PUNITIVO

"...Continuando con lo anterior, en la inconstitucionalidad relacionada (Inc. 15-95 Ac), se estableció lo siguiente:

"[…] *en el ordenamiento salvadoreño el principio de irretroactividad, además de jerarquía legal, tiene rango constitucional, pues aparece consagrado en los arts. 15 y 21 de la Constitución* […]*"*

La Sala de lo Constitucional, en dicha sentencia concluyó que, de acuerdo a la ubicación geográfica de las disposiciones mencionadas, el principio de irretroactividad – con todo y sus excepciones – se concibe como un derecho fundamental de la persona, lo cual permite que sea aplicado como una medida de seguridad jurídica.

Entonces, respecto al principio de irretroactividad se afirma lo siguiente:

"El principio de irretroactividad de la ley puede comprenderse fácilmente si partimos del análisis de su contrario, es decir, la retroactividad de la ley. Esta significa una extensión de la vigencia de la ley hacia el pasado, en cuanto implica subsumir ciertas situaciones de hecho pretéritas que estaban reguladas por normas vigentes al tiempo de su existencia, dentro del ámbito regulativo de las nuevas normas creadas".

De esa forma se concluye que la retroactividad significa una traslación de la vigencia de una norma jurídica creada en un determinado momento histórico, a un momento anterior de su creación; y cuando este supuesto se presente, se afirma categóricamente que la retroactividad únicamente podrá ser aplicada en los términos que la Constitución misma establece.

Entonces, la retroactividad se utiliza como un recurso técnico de producción normativa, esto es, como parte de la expresión del acto de voluntad de la ley, pero que en ningún momento puede ir en contra de lo establecido en la Constitución, pues ésta ostenta un carácter de supremacía sobre las demás normas sobre producción jurídica.

En esa misma línea de ideas, la Sala de lo Constitucional ha establecido ideas sobre el alcance del principio que se ha venido desarrollando, sobre lo cual dice:

"[…] *es factible precisar el alcance del principio de irretroactividad de la ley en nuestro sistema constitucional: Importante es destacar aquí que el principio de irretroactividad de las leyes se aplica, por regla general, a cualquier ámbito del ordenamiento jurídico, esto es,* ***dicho principio es predicable tanto respecto de las leyes materiales como de las leyes procesales****.*

Significa lo anterior que, no obstante el carácter público de las normas procesales, éstas no deben transgredir el principio mencionado*, ni mucho menos puede darse por supuestamente retroactivas, ya que-como lo expresaron anteriores Salas de lo Constitucional-"el carácter de orden público de una ley no le concede a ésta, ipso jure, efecto retroactivo; aunque sea creencia generalizada lo contrario (...). Debemos además entender que por el solo carácter de orden público de una ley, manifestado o no en ella, no debe aplicarse retroactivamente, pues implicaría un exceso de permisión constitucional, y crearía mayor inseguridad jurídica en perjuicio del orden público que se invoca".*

Se insiste en este punto porque numerosos tratadistas foráneos-inter alia: Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Ricardo Levene h., Francisco Antolisei, Eugenio Florián-sostienen que las leyes procesales tienen carácter retroactivo, lo que puede originar la idea que ello es indefectiblemente así; sin embargo, ***esa consi-***

deración no es aplicable a nuestro sistema constitucional, en el que-como ya se dijo-el principio de irretroactividad rige tanto para las leyes materiales como para las leyes procesales*"* (Resaltado suplido por esta Cámara).

Con lo expuesto por la Sala de lo Constitucional, en jurisprudencia del año mil novecientos noventa y siete, misma que ha sido sostenida con el transcurrir del tiempo moderno, se resuelve la discusión planteada por los recurrentes y la juzgadora, en donde ha existido un atisbo de duda en cuanto a la aplicación de la retroactividad de la ley, pues algunos han afirmado que no aplica para las normas procesales, sino únicamente para las sustantivas, mientras que otros han alegado que aplica para ambas normas. Sin embargo, con lo anterior se advierte que, debido a la supremacía de la que goza la Constitución de la República, al no hacer la misma distinción entre normas sustantivas (de fondo) o adjetivas (procesales), sino que únicamente distingue entre normas de orden público y específicamente menciona la materia penal (de forma general), debe aplicarse en esos casos la ley más favorable, pues como mencionó la Sala en dicha ocasión: *"el principio de irretroactividad rige tanto para las leyes materiales como para las procesales"*; y a ello se le adiciona lo siguiente: *"el principio de irretroactividad de las leyes (que determina que la ley que debe aplicarse es la más favorable) se aplica, por regla general, a cualquier ámbito del ordenamiento jurídico, esto es, dicho principio es predicable tanto respecto de las leyes materiales como de las leyes procesales".*

De esa forma se advierte que la aplicación de la ley más favorable, por medio del principio de retroactividad de las normas penales no es un criterio antojadizo, sino que el mismo se trata de un criterio sostenido por la jurisprudencia constitucional, mismo que es aplicable a las demás ramas del derecho, y en este caso a la materia penal, sobre todo, cuando la misma Constitución lo trata de forma directa.

Para abundamiento, también la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo sostuvo en el caso "Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname":

"En este sentido, la jurisprudencia constante de la Corte al respecto ha sostenido que la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Asimismo, el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, indica que si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el condenado se beneficiará de ello. El Tribunal también ha indicado que el principio de irretroactividad tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible" (Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, del 30 de enero de 2014).

En el mismo sentido se pronunció en el "Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay":

"Con respecto al principio de legalidad en el ámbito penal, la Corte ha señalado que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos, y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.

La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. De conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado se encuentra impedido de ejercer su poder punitivo en el sentido de aplicar de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas de delito. Asimismo, tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible" (Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 31 de agosto de 2004)...".

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 96-2019-5, fecha de la resolución: 05/07/2019

APLICACIÓN SUPLETORIA

REGLA DE TEMPORALIDAD, APLICACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

"c.- En atención al momento procesal en que nos encontramos, se comprobó –aspecto que comparten los litigantes pues así lo expresaron en sus escritos – que la regla de temporalidad aplicable era el art. 70 Inc. 2° Pr. Pn., en atención a que las causales que se aducen surgieron fuera de los plazos señalados en los numerales 1-5.

Evidentemente esta se trata de un ***término especial*** sobre el cual no hay mayor desarrollo legislativo ni en el Código Procesal Penal ni en el Código Procesal Civil y Mercantil – *como pretenden hacer creer los revocantes –,* muestra de ello, los artículos propuestos por los defensores:

El art. 20 del referido Código establece la aplicación supletoria, así:

"En defecto de disposición específica en las leyes que regulan procesos distintos del civil y mercantil, las normas de este código se aplicarán supletoriamente".

En el mismo cuerpo normativo, en el art. 142, regula que:

"Las actuaciones procesales de los tribunales deberán llevarse a cabo en días y horas hábiles, pero éstos podrán acordar, por resolución motivada y siempre que existiere urgencia en la realización del acto procesal, habilitar días y horas inhábiles".

En el art. 145 se puede leer que:

"Los plazos establecidos para las partes comenzarán, para cada una de ellas, el día siguiente al de la respectiva notificación, salvo que, por disposición legal o por la naturaleza de la actividad que haya de cumplirse, tengan el carácter de comunes, en cuyo caso aquéllos comenzarán a correr el día siguiente al de la última notificación. (2)

En los plazos fijados en días sólo se contarán los hábiles.

Los plazos fijados en meses o años se computarán de fecha a fecha; pero si en el mes de vencimiento no existiera el día equivalente, se entenderá que el plazo expira el último día del mes.

En todo caso, cuando el último día del plazo sea inhábil se entenderá éste prorrogado hasta el siguiente día hábil.

Los plazos vencen en el último momento hábil del horario de oficina del día respectivo".

De esta manera se puede observar que aun cuando el Código Procesal Civil y Mercantil, puede resultar aplicable cuando no existe una disposición específica y concreta que regule algún supuesto que en dicha normativa si se encuentre desarrollado – *supletoriedad –,* lo cierto es que la legislación propuesta por los defensores ***no regula los términos definidos en horas.***

En el art. 142 Pr. Cv. y Mr., bajo el epígrafe ***"Días y horas hábiles"*** se define únicamente que los actos procesales se realizaran en días y horario hábiles, no se relaciona nada en cuanto a que debemos entenderse cuando en el art. 7o inc. 2° Pr. Pn., se menciona que la recusación *"podrá deducirse dentro de las veinticuatro horas contadas a partir del conocimiento".*

Del articulado referido anteriormente se extraen tres situaciones:

i.- La supletoriedad opera cuando en una legislación no se ha regulado una situación jurídica que en el Código Procesal Civil y Mercantil si se establece.

ii.- No se regula como debe de entenderse el plazo de veinticuatro horas, pues no explica nada sobre este término.

iii.- Se regula que los términos por días se contarán como hábiles.

En la legislación Procesal Civil y Mercantil, se define que los actos procesales deberán llevarse a cabo en días y horas hábiles, se definen los horarios de funcionamiento de las oficinas judiciales, pudiéndose incluso acordarse, por resolución motivada y siempre que existiere urgencia en la realización del acto procesal, habilitar días y horas inhábiles, **pero nada dice de cómo deben computarse los términos definidos en horas.**

Lo anterior es así, probablemente porque está claro que, si dentro de una normativa el legislador define un plazo en horas, lógicamente debe entenderse como tal y las mismas deben de ser continuas, pues no puede estimarse que esas veinticuatro horas serán hábiles, ya que ello equivaldría a que se fraccionen de acuerdo al horario de funcionamiento de la cede judicial, así, si el horario de la misma es de ocho horas al día, las veinticuatro horas se dividirían en tres jornadas, lo que equivaldría a tres días.

Pensar lo contrario – *es decir de la manera últimamente mencionada –,* nos conduciría a un absurdo jurídico, pues de ser así lo lógico es que el legislador habría previsto tres días para la interposición y no veinticuatro horas, de manera que la única interpretación validad es que el legisferante ha otorgado un plazo especialmente corto para que la parte interesada reclame con premura, no pudiéndose extender el mismo bajo ningún parámetro legal.

Este es un supuesto legal que goza de claridad plena pues para este procedimiento de recusación fuera de los plazos establecidos, es decir cuando hay una causal sobreviniente, el legislador ha regulado de manera expresa que se otorgan veinticuatro horas para la interposición a partir del conocimiento no pudiéndose estimar que el mismo tenga alguna otra particularidad pues no está prevista, por lo que el mismo debe ser computado de corrido no pudiendo separarlo o fraccionarlo al antojo o intereses de la parte que pretende reclamar.

En esa línea se determina que las veinticuatro horas se cuenta de manera continua o corrida y si finalizan en fecha o día inhábil se debe acudir a un juzgado de turno, a modo de ejemplo el art. 8 de Ley Especial Para la Intervención de las Telecomunicaciones, regula que: *"La Corte Suprema de Justicia creará un sistema de turnos de los jueces, a efecto de que se encuentren disponibles fuera de los días y horas hábiles".*

Lo anterior no para efectos de obtener la resolución de la pretensión formulada, sino para cumplir con el requisito de temporalidad establecido por el legislador para la presentación de tal petición."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 381-385-386-2018AC, fecha de la resolución: 21/02/2019

AUDIENCIA ESPECIAL DE REVISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

IMPERTINENCIA DE LA PETICIÓN DEBE SER CALIFICADA, EXCLUSIVAMENTE, SOBRE LA BASE DE ASPECTOS PROCESALES

"a) La inconformidad planteada por el impetrante radica en que se le ha denegado la sustitución de la detención provisional en que se encuentra su defendido, debido a que la juzgadora se refirió a causales no reguladas para no llevar a cabo la audiencia de revisión.

Como se indicó supra, de la lectura del auto objeto de impugnación se denota que efectivamente la Juez de Primera Instancia de Tonacatepeque declaró impertinente la audiencia especial de revisión de medida cautelar para lo cual esgrimió argumentaciones relativas a lo prematura de la etapa de instrucción y que a su juicio, no han variado las circunstancias que llevaron a imponer la detención provisional.

Tales consideraciones se abstraen de las de forma por las cuales la ley le habilita calificar la pertinencia de la solicitud, es decir, que la misma no sea dilatoria o repetitiva, y contrario a ello, concluye que no hay variantes en los presupuestos de imposición o mantenimiento de la medida, sin escuchar previamente a los afectados en audiencia oral.

Sobre el particular, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en resolución de las 10:32 del 27/VI/2005, concerniente al proceso de amparo Nro. 841-2003, indicó que:

"... el derecho de audiencia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 de la Constitución, posibilita la protección del resto de categorías jurídicas del gobernado, ya que las autoridades tienen la obligación de seguir –de conformidad a lo previsto en la ley de la materia o, en su ausencia, en aplicación directa de la disposición apuntada- un proceso en el que se brinde a las partes en conflicto la oportunidad de conocer sus posturas y contradecirlas, previo a que se provea un acto que cause un perjuicio en la esfera jurídica de alguna de aquéllas. En este sentido, el derecho de defensa está íntimamente vinculado con esta categoría, pues es dentro del proceso donde los intervinientes tienen la posibilidad de exponer sus razonamientos y oponerse a su contraparte de forma plena y amplia".

Con base a lo anterior podemos advertir, que de acuerdo al principio de contradicción, inherente al derecho de defensa, ***el órgano jurisdiccional antes de tomar una decisión restrictiva de derechos fundamentales debe oír a los afectados, defensa técnica y representación fiscal que intervienen en el proceso con igualdad de oportunidades, a efecto que expresen su opinión y presenten pruebas.***

Por lo que si una de las partes requiere el cese de la detención o la sustitución por otras medidas cautelares menos gravosas, al amparo de los arts. 343 y 344 pr.pn., el pronunciamiento de fondo respecto a si han variado o no las razones por las que se decretó la detención provisional debe realizarse posterior a la celebración de una audiencia en la cual se escuche a los interesados y se les permita argumentar lo que crean conveniente a sus pretensiones, y la única limitante a que se lleve a cabo tal audiencia es que el Juzgador califique como ***impertinente*** la misma pero sobre la base de aspectos procesales.

Estos aspectos procesales pueden ser, por ejemplo, que haya sido reciente la audiencia en que se discutió el fondo de la medida cautelar (como cuando la audiencia donde se decretó la detención se haya llevado a cabo un lunes y el miércoles de la misma semana la parte interesada solicite la revisión). Asimismo, se perfila que una solicitud es dilatoria cuando se requiere para alargar la etapa procesal en que se encuentra el caso o evitar que se lleven a cabo otras diligencias del mismo. Mientras que es repetitiva cuando de forma consuetudinaria y periódica se esté requiriendo la petición sin que haya variaciones importantes que valorar, ya sean estas relativas al establecimiento de la apariencia de buen derecho o el peligro de fuga.

Valga decir que en este caso en concreto, la defensa presentó junto con su escrito de solicitud de revisión de medida cautelar una serie de documentos tendientes a acreditar arraigos, sin que la juzgadora haya emitido opinión sobre su mérito para estimar que con los mismos no hay variabilidad en lo que respecta al peligro de fuga y obstaculización."

SU RECHAZO AUTOMÁTICO CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS DE DEFENSA Y AUDIENCIA

"En orden a todo lo anterior, el rechazo automático de la sustitución de la detención provisional generado por la denegatoria de la celebración de audiencia de revisión de medidas sin mediar razones procesales para llevar a cabo la audiencia, constituye una violación al derecho de defensa y de audiencia, que solo puede repararse revocando el proveído apelado, volviendo el proceso al estado anterior a dicha resolución y proceda la Juez A Quo a calificar en debida forma la pertinencia o no de la solicitud hecha por la defensa técnica, y si se va a pronunciar sobre el fondo del asunto, que señale una: audiencia en la que escuche a los interesados y les permita argumentar lo que crean conveniente a sus pretensiones.

Finalmente, NUEVAMENTE SE LE REQUIERE a […], como Juez de Primera Instancia de Tonacatepeque, el tener en cuenta los anteriores razonamientos a efecto que en futuros pronunciamientos se limite a calificar las solicitudes de

audiencia de revisión de medidas cautelares conforme a los parámetros que señalan los arts. 343 y 344, pr.pn., y no basándose en razones que no corresponden a lo requerido, lo cual REITERADAMENTE se le ha venido indicando por parte de esta Cámara, como puede advertirse en resoluciones varias, tales como la de las 12:03 del 20/IV/2015, incidente de apelación Nro. 116-2015-4, de las 09:15 del 14/1/2016, incidente de apelación Nro. 5-2016-2 y de las 12:19 del 28/VIII/2018, incidente de apelación número 305-2018-4."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 76-2019, fecha de la resolución: 11/03/2019

AUTORES DIRECTOS

AQUELLA PERSONA QUE POR SÍ O CONJUNTAMENTE CON OTRO U OTROS COMETEN EL DELITO

"xv.- Para esta Cámara, independientemente que las mencionadas imputadas hayan o no presenciado entrega de dinero producto de la acción extorsiva o, lo hayan o no recibido ellas, lo cierto es que la sola acción de apersonarse ante la víctima a exigir la cantidad de dinero que ésta había acordado entregar es ya parte de la acción punitiva pues, es evidente que, cada uno de los sujetos capturados y procesados tenían asignado un rol que desempeñaron en la ejecución del hecho y en atención a ello la calidad de coautores que acreditó el señor Juez es ajustada a derecho, por ser conforme a lo previsto por el Art. 33 del Código Penal, de que son autores directos los que por sí o conjuntamente con otro u otros cometen el delito pues, de acuerdo a las máximas de experiencia, ese es el habitual modus operandi de los delincuentes que extorsionan, cuando participan varias personas que se intercambian roles y por ello se dice que cada uno tiene el domino funcional del hecho: unos amenazan, otros se ocupan del transporte, otros retiran el dinero, otros reciben y reparten entre ellos el producto del acto extorsivo y, en el presente caso, en lo que respecta a las imputadas AT y GA se tiene que su rol fue claramente el de llegar al negocio de la víctima para conminarla a entrega la cantidad de dinero en dólares, producto de la extorsión que se le estaba haciendo."

Cámara de la Segunda Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-54-2019-PN, fecha de la resolución: 02/05/2019

CADENA DE CUSTODIA

CONSIDERACIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

"Sobre este punto, los defensores han alegado –en síntesis –que en ninguna parte de la sentencia se ha acreditado que se le haya incautado un teléfono al procesado, lo cual implica que no se le puede vincular con el delito de tráfico ilegal de personas, pues al no haberle incautado un aparato telefónico, no es

posible realizar una pericia de vaciado telefónico, ya que de esa manera se comprueba que ha existido rompimiento en la cadena de custodia. Cabe resaltar que, en este caso, las quejas de ambos defensores coinciden, por lo que será posible resolver sus peticiones de forma conjunta.

Es por ello, que se tendrá que realizar un breve análisis de lo que se considera como rompimiento a la cadena de custodia (i), y así proceder a verificar la realización de los peritajes, y corroborar si se trata de pericias realizadas sobre material incautado (ii); y de esa forma verificar si se ha cumplido lo expuesto por los recurrentes en lo relativo al rompimiento de la cadena de custodia (iii).

i. Esta Cámara, en diversa jurisprudencia ha expuesto que, por cadena de custodia se entiende que es "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 l 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, pág. 3).

El Código Procesal Penal la define así en el artículo 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 artículo 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 a 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 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 reco-

lectados 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)."

IMPOSIBILIDAD PARA EL TRIBUNAL ADQUEM CONOCER SOBRE UNA AFECTACIÓN EN LA CADENA DE CUSTODIA, CUANDO LA INCONFORMIDAD NO HA SIDO ALEGADA EN PRIMERA INSTANCIA

"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 no se le ha incautado un celular a un imputado.

Además, para que configure un verdadero agravio en la fase recursiva, es necesario que se haya expresado inconformidad en alguna de las etapas desarrolladas en primera instancia, como por ejemplo –en la fase de juicio –en la parte de incidentes, o alguna otra oportunidad en la que el defensor tenga la posibilidad de alegar ese tipo de circunstancias, incluso en los alegatos finales. De lo contrario, si no existe tal inconformidad, no es posible conocer sobre dicha cuestión en la etapa impugnativa, para lo cual se convierte necesario llevar a cabo la revisión de las actuaciones de la parte que lo alega en el proceso en primera instancia."

NO PROCEDE CONOCER CUANDO LA INCONFORMIDAD ADOLECE DE RESPALDOS PROBATORIOS QUE JUSTIFIQUEN LA POSIBLE RUPTURA DE LA CADENA DE CUSTODIA

"ii. Ante lo alegado por los recurrentes, se debe hacer referencia a la prueba pericial referente al cruce de llamadas, misma que se ha relacionado en la sentencia, y que se afirma que se encuentra a folios 241 –365 y 694-740.

La primera de ellas se trata de información procedente de una solicitud realizada por la Unidad Fiscal Especializada de Delitos de Tráfico Ilegal de Personas, la cual se emitió en fecha […]. Dicha solicitud consiste en la bitácora de llamadas del teléfono número […], juntamente con el registro de otros teléfonos celular, sin embargo, el detallado anteriormente es el que se vincula con el imputado, ello en razón que la víctima fue quien detalló dicho número como el perteneciente al procesado.

Ahora bien, la segunda pericia consiste en el informe pericial policial de cruce de información telefónica, que surge a raíz de los diversos registros de llamadas pedidos a diferentes compañías de servicios de telecomunicación. Dicha pericia se emitió en […]. Dentro de la misma –tal y como se relacionó en el apartado número 1 de las consideraciones de esta Cámara –ha sido posible desprender la comunicación entre el número de teléfono de la víctima con el número que se ha señalado que pertenecía al señor […].

iii. Dentro de cada una de las pericias señaladas, se comprueba que –tal y como lo aclara la defensa –no ha quedado detallado que al señor […] se le haya incautado un teléfono celular, porque es cierto que no se ha llevado cabo ningún análisis pericial sobre ningún terminal.

De lo anterior, se genera una leve impresión que haya podido existir algún rompimiento en la cadena de custodia, pues en ningún momento se ha encontrado documentación que acredita el proceso de incautación y manejo de un aparato telefónico a nombre del procesado.

Sin embargo, se advierte que la pericia a la ha hecho referencia la defensa, se trata de un informe policial de cruce de llamadas, mismo que es posible realizar sin la existencia de un terminal electrónico de comunicación, sino que basta que se haya realizado un análisis de los registros de llamadas que fueron solicitados por la Fiscalía General de la República.

Además, si efectivamente, se estuviera analizando un rompimiento en la cadena de custodia, los argumentos de la defensa no bastan para admitir la queja expuesta, ya que, como se dijo previamente, la ruptura de la misma debe comprobarse por medio de indicios precisos señalados con prueba directa, la cual en ningún momento ha sido relacionada por los abogados. Han llevado a cabo una actuación contraria a lo planteado por esta Cámara, pues simplemente se han limitado a establecer que ha habido rompimiento a la cadena de custodia, ello en razón que nunca ha habido una incautación de algún aparato telefónico al imputado, es decir, que –de acuerdo a sus argumentos –se podría concluir que en realidad nunca se inició con ninguna etapa relativa a la constitución de la cadena de custodia.

También es de señalar que, al tratarse de una queja de esa trascendencia, es necesario que exista una queja previa en la fase de juicio, lo cual no ha existido en el presente caso, pues tal y como se desprende de la sentencia, no hubo ningún incidente interpuesto por parte de la defensa, y además, quedo expresamente detallado que estipularon tanto la prueba documental como la pericial, que es de donde se desprende su reclamo.

De esa forma se concluye que, no solamente han faltado al señalamiento de elementos objetivos que permitan acreditar que ha existido el rompimiento a la cadena de custodia, sino que tampoco han alegado alguna circunstancia de este tipo en primera instancia (específicamente en la fase de juicio). Además, la prueba relacionada, ha sido posible realizar sin la incautación de algún teléfono celular, pues como se ha visto anteriormente, la misma se ha realizado con los registros de llamadas emitidos por las compañías telefónicas a las que pertenecían los chips que resguardaban los números vinculados.

Entonces, vale la pena acotar que, ni existió queja de la presente circunstancia en la fase de juicio, y los motivos expuestos tampoco se han dirigido adecuadamente, y menos, se han respaldado con elementos propios que justifiquen la posible ruptura de la cadena de custodia; por lo que es imposible acoger el motivo expuesto por los recurrentes."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 25-2019, fecha de la resolución: 21/05/2019

DEFINICIÓN

"**Número 1.1** Cadena de custodia.

De manera amplia la doctrina la define como un conjunto de etapas o eslabones desarrollados en forma legítima y científica durante la investigación judicial, con el objetivo de: a.) 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),* corresponde al objeto recabado *(o decomisado)* en el propio escenario del delito o en otro lugar afín con el hecho. *("La Cadena de Custodia de la Evidencia (su relevancia en el Proceso Penal)."* CAMPOS CALDERÓN**,** Federico. *Revista Justicia de Paz No. 10,* Año IV., Vol. III, Septiembre-Diciembre, San Salvador, 2001, p. 80.).

En tal sentido, se trata de una secuencia de actos que incumben con la recolección, levantamiento y aseguramiento de los rastros físicos dejados por un evento, para su posterior incorporación a la teoría del caso. Su utilidad radica en *preservar la identidad de los objetos y a* su vez, los resultados de las pericias practicadas con los mismos."

ETAPAS

"**Número 1.2** Surge evidente entonces, que las etapas del procedimiento que conlleva esta medida protectora de la identidad de los cuerpos recolectados en el lugar, pueden distinguirse así: 1. Hallazgo y custodia del escenario del delito; 2. Inspección preliminar y búsqueda; 3. Fijación de la evidencia; 4. Proceso de recolección y secuestro de indicios; 5. Embalaje; 6. Transporte y entrega; 7. Análisis pericial; y, 8. Devolución y destrucción. (Sala de lo Penal, en las sentencias con numero de referencia 194-CAS-2014; 294-CAS2011, 523-CAS-2009, entre otras.")."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-11-19-11AI, fecha de la resolución: 27/03/2019

CENTROS PENITENCIARIOS

FINALIDAD ESENCIAL DEL RÉGIMEN PENITENCIARIO

"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. 3º 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 administradas 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"

Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, número de referencia: 387-2019, fecha de la resolución: 25/11/2019

COAUTORÍA

CONSIDERACIONES SOBRE EL DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO

"**Número 5:** Lo característico de la coautoría es qué en muchas ocasiones, por el reparto de funciones entre los diversos participantes en la comisión de un delito, alguno o algunos de los coautores ni siquiera están presentes en el momento de la ejecución. Por eso, es necesario recurrir a un criterio que supere la visión estrictamente formal de la coautoría, tal criterio es el del dominio del hecho en forma funcional.

Número 6: En otras palabras, lo decisivo para determinar la coautoría está en que el dominio del hecho lo tienen varias personas, que por el reparto funcional, asumen por igual la responsabilidad penal. En tal sentido, las diferentes contribuciones deben considerase como un todo y el resultado debe atribuirse a cada coautor, independientemente de su participación, pero que sin lugar a dudas, existe una contribución material en realización del hecho, lo que es suficiente para considerar dicho aporte como un reparto funcional, que permite determinar que asumen por igual la responsabilidad penal por el conjunto del hecho realizado.

Número 7: También, debe indicarse que el plan común necesita que se contribuya de alguna forma, aunque no necesariamente con actos de ejecución, en la comisión del delito, de tal manera que la participación pueda considerarse como un eslabón importante en todo el acontecer delictivo y lo esencial es que cada uno de los coautores haya realizado la parte que le corresponde en la división del trabajo, a partir de un plan concertado de los coautores, y que en delitos como el de extorsión, no se requiere reunir una calidad especial. Así mismo la configuración que el legislador hace de los coautores, es que serán todos los que realizan las amenazas o exigencias como aquellos que participen de la recolección del dinero.

Número 8: Como lo explica Enrique Bacigalupo en su obra "Manual de Derecho Penal" Página 197: "El elemento esencial de la coautoría es: un dominio funcional del hecho en el sentido de que cada uno de los coautores tienen en sus manos el dominio del hecho a través de una parte que le corresponde en la división del trabajo. El co-dominio del hecho es consecuencia de una decisión conjunta al hecho. Mediante esta decisión conjunta o común se vinculan funcionalmente los distintos aportes al hecho"."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-21-SC-2019, fecha de la resolución: 21/02/2019

ELEMENTOS QUE SE REQUIEREN PARA EJECUTAR DE MANERA CONJUNTA UN DELITO

"xvi.- Además, en cuanto a tal grado de participación –coautoría–, la misma Sala de lo Penal ha referido que "... se requiere de ciertos elementos, refiriéndose principalmente al actuar de dos o más sujetos sobre un plan común, dicho de otra forma un acuerdo recíproco de realización conjunta del delito, de tal suerte, que las acciones individuales de cada uno contribuyan objetivamente a la ejecución de la figura típica. 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; por tales razones, en la generalidad de los casos toda colaboración en la fase ejecutiva del delito, ha de ser considerada como un acto de coautoría, porque es la contribución directa al hecho típico..." (Sentencia de casación de fecha día diez de febrero de dos mil catorce, Ref. 187-CAS-2012)."

CONSUMACIÓN DEL HECHO PUNIBLE

"xvii.- Y, en cuanto a la consumación del hecho punible, el mismo Tribunal Superior ha dispuesto que "Tal como está construida la figura de extorsión en nuestro Código Penal, los actos de ejecución de la extorsión culminan en el instante que el sujeto pasivo realiza el acto o negocio jurídico lesivo a su patrimonio, siendo indiferente si tales consecuencias jurídicas precedieron a la denuncia del delito, y si el autor del ilícito llegó o no a beneficiarse con ello, pues esta última etapa pertenece a la fase de agotamiento, que es posterior a la consumación formal exigida por el enunciado normativo" (Sentencia de casación de las once horas y cinco minutos del día doce de enero de dos mil quince, Ref. 40-C-2014).

xviii.- Lo expuesto por la Sala de lo Penal es correspondiente a lo resuelto también por la Sala de lo Constitucional a las quince horas cuarenta minutos del día veintisiete de octubre de dos mil diecisiete, en la Inconstitucionalidad N° 30-2016 (3), en la que trató la equiparación del tratamiento punitivo entre personas que realizan aportes importantes en la realización del delito de extorsión como coautoría, así como la extensión de la consumación al ejercicio de la amenaza o coacción extorsiva. Y, en ese sentido, la referida decisión sostuvo que aquellos delitos que ostentan la característica de pluriofensividad por afectar diversos bienes jurídicos protegidos, el legislador puede establecer su consumación formal con la realización de aquellos actos que reporten un serio menoscabo al sentimiento de seguridad personal de la víctima que es el bien jurídico que inicialmente resulta vulnerado por el delito de extorsión. Y ello puede acaecer, de forma independiente, a la consecución de un posterior resultado material, la entrega de dinero, el otorgamiento o suscripción de un documento que produzca efectos jurídicos, el brindar una prestación profesional, etc. o la afectación del sistema económico en general."

MANIFESTACIÓN DE LA AMENAZA EXTORSIVA A LA VÍCTIMA

"xix.- En efecto –dijo la Sala–, la mera manifestación de la amenaza extorsiva a la víctima comporta una lesión efectiva a su sentimiento de seguridad personal que se traduce en una diversidad de actos tales como el aviso a la policía, el cambio de domicilio, la contratación de seguridad privada para su empresa, la puesta en aviso a sus familiares y conocidos, etc. lo cual ya reporta una perturbación social digna de ser incriminada. Por ende, la reforma legislativa de forma distinta a su anterior regulación en el Código Penal parte de una equiparación entre los intereses jurídicos vulnerados por el delito, dando importancia a la libertad de actuar y decidir en iguales términos que el perjuicio económico o profesional al que puede verse sometido la víctima. Lo que es totalmente distinto a la concepción tradicional de la extorsión en el que la libertad de actuación quedaba subordinada al efectivo menoscabo patrimonial. Y si bien como indica el juez inaplicante esto repercute en el ámbito de la dosimetría penal, pues castiga lo que tradicionalmente se ha considerado como tentativa ahora con la pena del delito consumado, ello resulta aceptable constitucionalmente."

AGENTE DE LA EXTORSIÓN

"xx.- En suma, la Sala señaló que la obtención de un provecho ilícito por parte del agente de la extorsión, no es más que un plus de antijuridicidad materializada que debe reportar una mayor cantidad de pena en el ámbito de la individualización judicial. Lo anteriormente expuesto se encuentra en consonancia con la reciente modificación jurisprudencial efectuada por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia emitida el 10-VIII-2017 –153-C-2017– en la que caracterizó a la nueva formulación del delio de extorsión como un "...delito de consumación anticipada o de tendencia interna trascedente, en los que ni el acto pretendido, ni el resultado perseguido respectivamente, es preciso que lle-

guen a producirse. Por ello, con la nueva estructura típica del delito de Extorsión regulada en la citada ley, el ilícito se considera consumado independientemente de si el acto o negocio se lleva a cabo"."

Cámara de la Segunda Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-54-2019-PN, fecha de la resolución: 02/05/2019

EXISTE UN PROCEDER BAJO CONDICIONES DE DIVISIÓN DE ROLES Y UN REPARTO FUNCIONAL PARA LA REALIZACIÓN DEL DELITO, DISTRIBUYÉNDOSE LAS APORTACIONES NECESARIAS PARA LA EJECUCIÓN DEL MISMO

"En jurisprudencia nacional como comparada se ha analizado mucho el tema de **la coautoría**, como es el caso del Tribunal Supremo Español, quien en sentencia bajo referencia número STS 575/2012 de fecha 3 de julio de 2012, (magistrado ponente es Luciano Varela Castro), recurso de casación N° 10206/2012, se expone en dicha sentencia lo siguiente: "*existe coautoría cuando varias personas, **de común acuerdo**, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Lo que implica: **a)** de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, que puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución, coautoría adhesiva, cuando se trata de hechos C en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a ésta. Incluso se ha admitido la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por éste y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en casos como el último expuesto, en el que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación. Y, **b)** en segundo lugar, la coautoría requiere una aportación al hecho que pueda valorarse **como una acción esencial** en la fase ejecutoria, lo cual integra el elemento objetivo, que puede tener lugar aun cuando el coautor no realice concretamente la acción nuclear del tipo delictivo. Sobre la trascendencia de esa aportación, un importante sector de la doctrina afirma la necesidad del dominio funcional de -hecho en el coautor (STS 251/2004 de 26 de febrero)*".

Asimismo, la Sala de lo Penal de El Salvador, en sentencia bajo Ref. 293-CAS-2006 de las 11:26 horas del día 19/2/2007, sobre la coautoría dijo: "depositario del dominio del hecho, bien sea porque desarrolla su conducta individualmente o **que exista un codominio del resultado final con otro u otros**, en cuyo caso estaríamos en presencia de coautores. En la coautoría, existe **una especie de distribución de funciones** entre los diversos partícipes, de tal suerte que las acciones individuales de cada uno, concurren a la realización de la figura típica. En esta especie de codominio, la aportación de cada uno determina la ejecución del ilícito; 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 la Cuarta Sección del Centro, número de referencia: 422-P-18, fecha de la resolución: 05/02/2019

LAS ACCIONES INDIVIDUALES DEBEN CONTRIBUIR OBJETIVAMENTE A LA EJECUCIÓN DE LA FIGURA TÍPICA

"2. En lo que concierne al segundo motivo de apelación, es oportuno mencionar que la Sala de lo Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en la sentencia con referencia 45-CAS-2015 ha sostenido que: *"En la coautoría, se requiere de ciertos elementos, refiriéndose principalmente al actuar de dos o más sujetos sobre un plan común, dicho de otra forma un acuerdo recíproco de realización conjunta del delito, de tal suerte, que las acciones individuales de cada uno contribuyan objetivamente a la ejecución de la figura típica... en la generalidad de los casos toda colaboración en la fase ejecutiva del delito, ha de ser considerada como un acto de coautoría, porque es la contribución directa al hecho típico."*

"Ahora bien, en cuanto a esa calificación dada por la A quo, no se observa yerro alguno, en tanto que si bien - *de acuerdo a los hechos acreditados por la prueba de cargo* - la participación de los imputados por los que se recurre no fue propiamente la de disparar - *como lo sostiene la defensa* -tampoco podemos afirmar que su función haya sido simplemente la de vigilar durante el acto homicida en sí, sino que se advierte toda una coordinación en la que un grupo de sujetos se desplazó al lugar o a las cercanías donde se dirigía la víctima, y los cuatro sujetos que lo seguían le manifestaron *"hoy te vas a morir hijo de puta"* y uno de ellos, alias [...] le efectuó disparos en el pecho y los otros tres sujetos le decían *"matá a ese hijueputa, terminalo, no lo dejés vivo, matalo"*, haciendo labor de seguridad y superioridad física y psicológica, lo cual denota una distribución esencial de funciones para el cometimiento del ilícito, adecuable ciertamente a la figura de la coautoría delictiva.

Así pues, son elementos que no se pueden confundir con las otras formas de participación, verbigracia, la instigación, la autoría mediata entre otros, en tanto que - *como lo ha sostenido la Sala de lo Penal*- la instigación no supone la participación de los delincuentes en el verbo principal de la acción, sino únicamente mover la voluntad de otro a que inequívocamente se ejecute el hecho y por otra parte la autoría mediata implica que el autor cometa un delito dejando actuar a otra persona para sí. (Véase sentencia 187-CAS-2012). Y tampoco con una complicidad, ya que el ayudar no participa en los actos de ejecución, sino que meramente en los actos preparatorios, puesto que, si la persona que brinda y proporciona colaboración y ayuda, se involucra en los actos de ejecución, se convierte en un coautor, participando del dominio de la acción."

Cámara de la Tercera Sección del Centro, número de referencia: P-361-PC-SENT-2018-CPPV, fecha de la resolución: 04/02/2019

CONCURSO APARENTE DE LEYES

SUCEDE CUANDO UN SOLO TIPO PENAL COMPRENDE TODAS LAS CONDUCTAS CON RELEVANCIA PENAL CONTENIDAS EN EL SUSTRATO FÁCTICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sobre ello, Creus precisa que:

"[E]*l encuadramiento plural se reduce a un encuadramiento único (por eso se dice que el concurso es sólo "aparente"), cuando uno de los tipos en juego*

desplaza a los otros, con lo cual únicamente queda vigente el tipo desplazante. Dicho desplazamiento puede fundamentarse en distintas motivaciones procedentes de las mismas consideraciones de las tipicidades que, a su vez, constituyen los principios que rigen las relaciones de desplazamiento" (Creus, Carlos, "Derecho Penal. Parte General", 3a. edición, Astrea, Argentina, 1992, Pág. 283).

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

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

1) El precepto especial se aplicará con preferencia al precepto general.

2) El precepto subsidiario se aplicará en defecto del precepto principal, cuando se declare expresamente dicha subsidiaridad o ella sea tácitamente deducible; y

3) El precepto penal complejo absorberá a los preceptos que sancionan las infracciones consumidas en aquél".

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

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

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

Sobre el particular la Sala de lo Penal sostiene que:

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

DECISIÓN DE SUBSUMIR EVASIÓN DE IMPUESTOS AL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS ESTÁ HECHA CONFORME A DERECHO, PUES AMBOS EXIGEN QUE FONDOS PROCEDAN DIRECTA O INDIRECTAMENTE DE ACTIVIDADES DELICTIVAS

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

Los señores [...] (colaborador de la Unidad Financiera Institucional) y [...] (Jefe de la Unidad Financiera Institucional) eran empleados de casa Presidencial, quienes durante el periodo del ex presidente de la República [...] y mediante el *"Reglamento Interno de Funcionamiento Para el Manejo, Control y Fiscalización de los Fondos Públicos, Gastos Reservados y Secretos de la Presidencia de la República Destinados a Las Actividades de Inteligencia, Clasificación, Manejo y Protección de la Información y Deber de Guardar Secreto de Los Colaboradores Designados Para el Manejo de Gastos Reservados y Secretos*".

Las cuentas de ambos señores fueron por parte del señor ********** [...], todas del Banco Cuscatlán; y [...] y [...] las cuentas [...], en las cuales fueron depositados fondos estatales sin ningún control de uso ni autorización, es mediante este hecho de depositar a las cuentas enunciadas, teniendo por establecido el *A quo* el delito de peculado.

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

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

Por su parte el delito de Lavado de Dinero y de Activos, se tuvo por probado por el Tribunal Segundo de Sentencia, después de análisis sobre los elementos de prueba, tomando en cuenta que el art. 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, sanciona la *transferencia* y *depósito* de fondos que tengan por finalidad ocultar su origen ilícito, es así que ambos imputados realizaron transferencias y depósitos (con fondos públicos) a cuentas de personas naturales y jurídicas, entre ellas: el partido político ARENA, empresas de publicidad Molina Bianchi y Asociados S.A. de C.V., Campaña S.A. de C.V., América Publicidad S.A. de C.V., Funes y Asociados S.A. de C.V., ANLE S.A. de C.V., MARKETING AND SERVICE DE CENTROAMERICA S.A. y C.V., que tenían por finalidad posteriormente transferirse a cuentas de GRUPO SAMIX para beneficiarse personalmente el señor [...]; de igual forma se hicieron transferencias bancarias y depósitos en favor del señor [...] como destino final, asimismo el pago de tarjetas de crédito tanto de [...] y la ex Primera Dama de la República [...], entre otras transferencias a personas jurídicas y naturales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[…]

De manera, que se estima adecuada la actuación de los Jueces A-quo, en tanto que la decisión de subsumir la Evasión de Impuestos al delito de Lavado de Dinero y de Activos, está hecha conforme a derecho, pues los elementos típicos integrantes de la descripción legal del último ilícito citado, exigen evidenciar que los fondos, bienes o derechos, procedan directa o indirectamente de actividades delictivas" (Fallo 288-CAS-2011 del doce de octubre de dos mil doce).

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

ENCONTRÁNDOSE CONTEMPLADAS LAS ACCIONES RELATIVAS AL PECULADO EN BENEFICIO DE UN TERCERO, EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS, CORRESPONDE MODIFICAR LA PENA DE PRISIÓN

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

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

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

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

Hacienda Lombardía, Cooperativa 4, El Amate, Zacatecoluca, departamento de La Paz, a favor de GDE S.A. de C.V., año 2007.

A favor de INGROUP S.A. de C.V. el apartamento 14 y 15, edificio F, condominio La Montaña II, santa tecla, departamento de La Libertad.

A favor de OSAD S.A de C.V. se adquirieron ocho porciones de la Hacienda El Cauca, comunidad El Casco, El Rosario, Departamento de La Paz; casa ubicada en Urbanización Palmira, Polígono C, lote número 4, Santa Tecla, departamento de La Libertad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: APL-30-2019, fecha de la resolución: 05/07/2019

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

MECANISMOS DE COMPARACIÓN ENTRE LAS NORMAS INTERNAS Y CONVENCIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS

"Cuando un juez ha de resolver un caso concreto sometido a su conocimiento y es de su competencia, es obligación aplicar la norma interna, vale decir en este caso el Código Procesal Penal, pero sí la norma del derecho interno vulnera o limita un derecho fundamental del justiciable, debe de hacerse una interpretación conforme con el corpus iuris de los derechos humanos; o por el contrario, aplicar el tratado o convención con base al principio de preferencia, es decir, examinar si la norma del Art. 475 Pr. Pn. habilita a la cámara ante una sentencia absolutoria de primera instancia, dictar directamente una sentencia desvirtuando la presunción de inocencia, es decir, condenándolo."

FACULTAD DE REVOCAR DEL TRIBUNAL DE ALZADA

"Resulta que de una interpretación literal del Art. 475 Pr. Pn., en lo relativo a la facultad de revocar, solo lo puede hacer en dos supuestos el tribunal de alzada para enmendar: a) inobservancia de la ley; y, b) errónea aplicación de la ley. No para cuando ha valorado erróneamente la prueba el juez a quo y da lugar a la absolución del imputado. Pues en lo pertinente la norma está redactada así: "En caso que proceda a revocarla resolverá directamente y pronunciará la sentencia que corresponda, enmendando la inobservancia o errónea aplicación de la ley".

Nuestra honorable Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en el precedente identificado como 107-C-2015, de fecha quince de enero de dos mil dieciséis, citó unos precedentes verticales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y sostuvo: "De la lectura del caso Mohamed contra el Estado de Argentina, la Corte señalo que el contenido de la garantía que otorga el Art. 8.2.h de la CADH., determina que debería ser un recurso ordinario, accesible, eficaz, con mínimas formalidades, adecuado para corregir condenas erróneas, que se puedan analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas".

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA FACULTAD DE TODA PERSONA PARA INTERPONER RECURSOS

"Resulta que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos, es de obligatorio cumplimiento para todos los operadores de justicia y además para todos los funcionarios del Estado, por ello exige que debe de existir para la persona la posibilidad real de poder interponer un recurso ordinario, y según la doctrina, el ordinario es el de apelación y el extraordinario el de casación; es decir, que se viola la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su jurisprudencia al negarle al justiciable que pueda plantear el recurso de apelación en sentencia condenatoria que dicte el tribunal de alzada.

Además, argumentó la referida Sala que: "Respecto a las condenas emitidas por Cámaras, la Sala ha manifestado que será el recurso de casación el úni-

co mecanismo que fiscalice la decisión y razonamiento planteado por el Tribunal de Segunda Instancia; que el derecho a recurrir en tales condiciones no debía entenderse como el derecho a una Segunda Instancia, sino el derecho a que un Tribunal Superior controle la corrección del juicio realizado en esa instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la pena impuesta; circunstancia que satisface el recurso de casación, por lo que, el impetrante no lleva la razón en afirmar que la Cámara inobservó los Arts. 144 Cn., 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP., por haber condenado a los procesados en segunda instancia, puesto que han tenido la oportunidad de controlar esa decisión vía recurso de casación". (168C2013, de fecha 06/11/2013).

A nuestro humilde criterio, la Sala comete un error doctrinal al considerar el recurso de casación como recurso ordinario, porque la jurisprudencia de la Corte Interamericana exige un recurso ordinario y el recurso de casación es extraordinario.

Como última consideración, hay que indicar que se tienen dos precedentes diferentes, el de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales no están en igualdad de jerarquía, ya que el que prevalece es el de la corte antes citada, esto por efecto del Art. 144 Cn., porque la Sala se basa en una ley interna como es el Código Procesal Penal y la Corte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dos ordenamientos jurídicos con jerarquía diferente, puesto que prevalece el contenido de las normas de dicha Convención en relación al Código Procesal Penal, y ante dos jurisprudencias, prevalece la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto por jerarquía, como porque este tribunal protege de mejor manera el acceso a la justicia, ya que permite que el justiciable siempre tenga derecho a un recurso ordinario ante una condena.

Dicho lo anterior es procedente expresar que, el criterio establecido por esta cámara en resoluciones anteriores, vale decir, sus auto-precedentes consistían en que respecto a las sentencias absolutorias, al considerar este tribunal que con la prueba vertida en vista pública, existieran elementos suficientes que lograran establecer la existencia del delito y la participación del imputado o imputados, la cámara revocaba dicha sentencia absolutoria y procedía directamente a condenar al incoado o incoados.

No obstante, en resoluciones recientes, este tribunal ha cambiado su criterio, en primer lugar, por una nueva conformación subjetiva; y segundo lugar, al interpretar la norma del Art. 475 Inc. 2° Pr. Pn. en el sentido que solo y únicamente cuando se revoca y estamos en presencia de inobservancia o errónea aplicación de la ley, está habilitada esta cámara para dictar sentencia directamente; nunca en otros supuestos de la norma precitada, en el sentido que, de ahora en adelante al presentarse una sentencia definitiva absolutoria y al considerar esta curia que ha existido un equívoco por parte del juez sentenciador al emitir ese fallo y proceda la anulación de la sentencia de primera instancia, deberá aplicarse la figura del reenvío, no debiendo dictar directamente una condena. Sino que otro juez de primera instancia, sea quien celebre el juicio o vista pública e inmedie y valore la prueba y así pueda emitir una decisión conforme a Derecho, respetan-

do el debido proceso y garantizando el derecho del imputado a poder recurrir en apelación de la sentencia condenatoria dictada por el juez de primera instancia; esto ha sido la finalidad al regular el recurso de apelación en el Código Procesal Penal vigente, es decir, que ante cualquier condena todo justiciable tenga derecho a una tutela judicial efectiva en el componente a tener derecho a un recurso ante un tribunal superior."

EXISTENCIA DE FUNDAMENTACIÓN ERRÓNEA E ÍNFIMA DEL JUEZ A QUO, POR LO QUE SE DECLARA LA NULIDAD ABSOLUTA DE LA SENTENCIA OBJETO DE ALZADA

"Por tanto, se concluye que por no haberse examinado integralmente las pruebas vertidas en juicio de una manera razonada de acuerdo al principio lógico de la razón suficiente, este tribunal no comparte las razones expuestas por el juez sentenciador, al haber sido vertidas éstas con una fundamentación errónea e ínfima; en consecuencia, ha de aplicarse la figura procesal del reenvío, sobre la cual, hay que indicar qué es lo procedente en estos casos de anulación de sentencia por este tribunal, ya que esta no debe de dictar la resolución declarando culpable al imputado, ello porque no se le ha desvirtuado su inocencia hasta este momento de dictar esta resolución, porque fue absuelto en primera instancia y si se dictara la resolución que a criterio de esta cámara debería corresponder, se vulneraría, como se dijo supra, la tutela judicial efectiva en el componente a tener derecho a recurrir de la resolución por medio del recurso de apelación. " *Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, número de referencia: 163-2019, fecha de la resolución: 03/07/2019*

CRITERIO DE OPORTUNIDAD

CONSIDERACIONES NORMATIVAS SOBRE SU OTORGAMIENTO

"**Número 5.** Los artículos del 18 al 23 del Código Penal, se constituyen como el marco regulatorio, del criterio de oportunidad, aplicado en determinadas circunstancias a efecto de recoger elementos probatorios de carácter directo, emanados de un órgano de prueba, cuya participación en el hecho criminal —*la cual debe ser menos reprochable que la del resto de partícipes*- de acuerdo a los elementos recabados en la investigación, que pueda aportar elementos necesarios, útiles y pertinentes a fin de alcanzar la verdad de los hechos, claro está la verdad probabilística, con un mayor grado de seguridad, es preciso agregar que los presupuestos para aplicar dicho criterio se supeditan a casos concretos.

Número 6. En consecuencia, se obtiene para el favorecido que el ente fiscal prescinda de la persecución penal, lo que se configura posteriormente en la extinción de la acción penal, sin embargo esto no es una decisión antojadiza ni arbitraria de nuestro legislador penal, sino correspondiente a directrices propias de una política criminal, ya que previamente el beneficiado con un criterio de oportunidad, debe aportar un sustrato fáctico y probatorio fundamental y relevante en la investigación de los hechos, de la participación de los diversos imputados, lo

cual, al final, se traduce en la eficacia de la institucionalidad del ejercicio de la acción penal y la administración de justicia, que se sirve de herramientas como estas para el cumplimiento de sus fines, teniendo en cuenta el uso adecuado de estas instituciones, las cuales poseen reglas previstas para su utilización, y así se evita la arbitrariedad de su aplicación.

Número 7. Más allá de la "premiación", que en estos casos implica al favorecido con el criterio de oportunidad, lo particularmente relevante es la eficacia de la información de dicho órgano de prueba, y es que posterior a la aplicación del criterio, el beneficiado se convierte en testigo de cargo, conformando parte del acervo probatorio ofertado por el ente acusador, no distinguiéndose de cualquier otro declarante, sin perjuicio de que en el análisis valorativo de su declaración, se observen con mayor *rigurosidad*, las situaciones personales que pudieran evidenciar cierta subjetividad -*claro está, por el beneficio que per se implica-,* que vuelva endeble su testimonio, no obstante tales particularidades están sujetas al control, discusión, interrogatorio y descrédito, en el ejercicio de las facultades de que dispone la parte contraria, es decir, la defensa, y en tal sentido, quien juzga, se obliga a atender con mayor detenimiento el examen de dicho testigo, en cuanto a los móviles espurios con los que pudiera brindar su declaración, la incredibilidad subjetiva que pudiera surgir en su dicho, la verificación de elementos periféricos de su declaración y la persistencia en la incriminación." *Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-31-19, fecha de la resolución: 27/03/2019*

DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA

DECLARACIÓN TESTIMONIAL HA SIDO EXPUESTA CONFORME A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA, ALEJADO DE TODO PARÁMETRO PARCIALIZADO Y DISTANTE DE TODA EXPRESIÓN DE VENGANZA

"i. Como se dijo previamente, las reglas de la sana crítica, constituyen el sistema de valoración de la prueba que debe ser utilizado en cualquier proceso penal, con las cuales se pretende arribar a una conclusión jurídica acorde a los elementos probatorios que se han podido presentar en el juicio.

Del resultado de dicho análisis se deben obtener las razones por las que el operador de justicia decide de una forma u otra. Ahora bien, dentro de dichas reglas –tal como se ha mencionado previamente –se desprenden tres componentes, siendo estos los relativos a las reglas de la psicología (1), las máximas o reglas de la experiencia (2); y las reglas de la lógica (3).

De las anteriores temáticas, en este apartado se hará referencia a las máximas o reglas de la experiencia, que son las que se consideran inobservadas por parte de los defensores. En relación a ellas, esta Cámara –en la presente resolución –las mismas se pueden conceptualizar estableciendo que se trata de la congruencia de parámetros que permiten explicar algunos acontecimientos a la luz de aspectos que son de conocimiento general.

Para hacer referencia a ello, se puede hacer mención de lo establecido por Eduardo Couture, quien expone que las máximas de la experiencia contribuyen

tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba; porque el juez no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales.

Ante tal concepción general, y el poco desarrollo doctrinario de la presente institución probatoria, se genera el debate de cuáles son las máximas de la experiencia común como tal, pues si bien es cierto, se trata de valores de conocimiento general y no particular, no se encuentra en ningún lugar cuáles son los componentes específicos de dichos valores.

En ese sentido, es posible determinar que, las máximas de la experiencia se tratan de conocimientos generalizados, con base a determinada experiencia, ya sea una experiencia general de vida, obtenida por el transcurso del tiempo, o una experiencia especial dotada de conocimientos concretos sobre una materia en específico. Dicho conocimiento, en relación al proceso penal, se basa en los valores que el Juzgador logre acoplar al caso en concreto, en relación a su experiencia como juzgador, específicamente en relación a la conducta humana en sucesos que se presenten dentro del cometimiento de una conducta delictiva; lo cual permitiría conocer las razones por las que la víctima actúo de una u otra manera ante una determinada situación.

Ahora bien, para que lo anterior no contradiga incluso, lo que se busca por medio de las reglas de la sana crítica, es necesario que dichas máximas de la experiencia no sobrepases la barrera de lo lógico, pues de lo contrario se obtendrían diversidad de pronunciamientos antojadizos, en donde impere cualquier criterio, menos el de la justicia. Por lo tanto, la utilización de las máximas de la experiencia debe estar estrictamente ligado a la mayor aproximación de la realidad, para que de esa manera se pueda entender que la sana crítica se ha aplicado de forma adecuada.

Ante ello es posible concluir que dichas reglas son legitimadas por una aceptación general, lógica y real de lo que fundamenta como experiencia común, para que de esa manera el fundamento judicial goce de fuerza de convicción y que, además, sustente la explicación de cierta conducta ante una circunstancia concreta.

ii. Dilucidado lo anterior, resulta necesario identificar lo expuesto por la víctima, únicamente en lo que concierne a los eventos que los defensores han resaltado. Cabe destacar que el testimonio de la víctima se llevó a cabo de manera anticipada bajo el control judicial del Juzgado de Instrucción de Apopa, la misma fue transcrita en la sentencia de vista pública realizada […]; en ella la señora ********** expresó: […].

iii. De lo observado anteriormente, tanto de lo declarado por la víctima como lo analizado por el juez se obtiene que la operadora de justicia otorga credibilidad a la señora […] lo cual se encuentra pegado a la lógica argumentativa, pues se si trata de una acción que se desarrolla en el marco de ,, privacidad, la única persona que podrá brindar datos relevantes al respecto será la víctima.

Ahora bien, al momento de avalar lo manifestado por la víctima, es importante verificar que se cumpla con las exigencias necesarias para considerar como válida dicha deposición. Tal y como lo expresa la Sala de lo Penal de la

Honorable Corte Suprema de Justicia, citando a Carlos Climent Duran, afirmando lo siguiente:

"[...] debe recordarse que las razones por las cuales se acuerda otorgar validez a una deposición testimonial, dependen directamente de los siguientes tres factores: a. Análisis que se proyecte sobre las condiciones personales del testigo, las cuales se extraen del trato previamente existente entre acusador y acusado, que pudieran conducir a la deducción judicial de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar la certidumbre; b. La persistencia y coherencia en la incriminación, prolongada en el tiempo, sin ambigüedades ni contradicciones; y, c. Corroboraciones periféricas objetivas, es decir, la constatación de circunstancias externas que avalen la narración del deponente. De tal manera, para que haya viabilidad probatoria en relación a la testimonial, es necesario que los jueces expongan una clara y completa verificación de las condiciones anteriormente apuntadas, en orden de proceder con equilibrio y justicia" (Sentencia de las ocho horas con quince minutos del día dos de mayo de dos mil trece).

Vale recalcar que en el presente caso, se han cumplido con cada una de los requisitos establecidos previamente, pues no obstante de tratarse de la víctima, se ha logrado desvincular cualquier existencia de un móvil de resentimiento o venganza en contra del procesado, sobre todo cuando la misma ha logrado su objetivo principal de salir del país hacia los Estados Unidos; ello se comprueba por la existencia de una narración coherente de los sucesos en diferentes ocasiones, y a pesar de ello, no se colige que se trate de una declaración caprichosa; y además, existen elementos corroboradores de lo narrado en la declaración anticipada, pues coincide con lo declarado por la madre y la hermana.

Ahora bien, aclarada la validez del testimonio rendido por la víctima, se debe verificar si el mismo es contrario a las máximas de la experiencia, pues de ser así, podría deducirse la inobservancia de las mismas por parte de la aplicadora de justicia, quien al avalar lo declarado, intrínsecamente advierte que lo mismo se encuentra correctamente apegado a las reglas de la experiencia.

En ese sentido, esta Cámara afirma que hay diferentes puntos que abordar sobre lo declarado, siendo el primero de ellos el relativo a la forma en la que sucedió el acceso carnal, pues se alega que el mismo no pudo haberse realizado de manera forzada y que intentaba defenderse, mientras afirmaba la víctima que se escondió y que no utilizó el celular para comunicarse con la policía o con alguien más para pedir ayuda.

Respecto a ello, esta Cámara afirma que del mismo testimonio se desprende que la señora […], en ningún momento acreditó que al momento de ocultarse en el baño, tenía la cartera con ella (lugar donde tenía escondido el celular), pues dentro de la misma declaración se advierte que pudo acercarse a su cartera y sacar su teléfono hasta que el imputado se fue del lugar, además, afirmó que el mismo se encontraba descargado, para lo cual tuvo que tomarse el tiempo necesario para cargar el mismo y poder comunicarse con su hermana.

Con ello es posible verificar lo establecido por la defensa, en el sentido que, si se contaba con un celular, lo normal era comunicarse con algún familiar o con

la policía. Sin embargo no es aceptable el hecho que dicha circunstancia no ha sucedido, pues lo primero que hizo la afectada fue comunicarse con su hermana, pero ello lo hizo hasta que pudo tener acceso y disponibilidad a su celular, el cual, si estaba escondido en su cartera, pero que además de no tener disponibilidad sobre él, al momento de ejecutarse los actos de violencia, el mismo se encontraba descargo, lo cual respalda el hecho que no haya llevado a cabo ninguna comunicación en actos previos.

Ahora bien, el hecho que no se haya llevado a cabo tal comunicación no implica que no haya habido alguna defensa o intento de la misma por parte de la víctima. Es más, la misma ha manifestado que procuro llevar a cabo actos constitutivos de protección personal, tan es así que se dieron forcejeos, gritos y hasta logró salir al carro para utilizar la bocina del vehículo para intentar llamar la atención de lo que estaba sucediendo, sin embargo, dichos esfuerzos fueron en vano.

El segundo punto que se alegan que no es apegado a las máximas de la experiencia que la víctima haya llamado a la hermana, en vez de llamar a la policía; y que, además, no contó todo de inmediato lo sucedido, sino que hasta horas posteriores.

En relación a ello, el testimonio es coherente en dicho aspecto, pues la señora […] afirma que se comunicó con su hermana para que la pasara a recoger al día siguiente, pues es evidente que se encontraba en un momento de trauma por lo sucedido, aspecto que se corrobora con el peritaje psicológico al que ya se ha hecho referencia anteriormente. Además, se advierte que con dicho nivel de conmoción lo que se busca es la comunicación con una persona que de confianza y tranquilidad, por lo que es lógico que se haya comunicado con su hermana y no con la policía. Aunado a ello, vale la pena recordar que la víctima se encontraba ante la disyuntiva de un anhelo mayor, como era viajar a los Estados Unidos, lo cual bloquea la posibilidad de denunciar a aquella persona que, en apariencia, está ayudando a obtener algo anhelado.

Es por ello que resulta lógico y acorde a las reglas de la experiencia común, que haya contado todo a su hermana hasta el día siguiente, es decir cuando la fue a recoger y que fuera ella quien advirtiera que le había sucedido algo negativo a su hermana pues una persona que por el grado de confianza y conocimiento que existe entre ellas, puede interpretar las reacciones y conductas de la víctima; y que además, sea ella, quien al enterarse decide llevar a su hermana a interponer denuncia contra el ahora imputado, lo cual aplica como una conducta natural, por buscar el bien de su hermana. Dicha circunstancia explica las razones por las que la denuncia se realizó en horas posteriores.

Cabe resaltar que, avalar el argumento de los defensores implicaría aceptar la tesis que, para que se pueda perseguir a alguien por el delito de violación, tendría que ser un requisito esencial que se realice la denuncia inmediatamente después de lo acontecido, lo cual implicaría exigir a la víctima una conducta que sobrepasa sus posibilidades humanas en la superación de un trauma de esa envergadura.

Como último punto, se debe establecer que no es cierto que sea imposible quedar inconsciente de un golpe a la cabeza, pues dependerá del lugar exacto

donde se realizó el golpe para que ello suceda, por lo que no es posible acoger la tesis de la defensa, sin embargo, cabe aclarar que, es cierto que del testimonio de la víctima no es posible detectar que haya quedado inconsciente, pero es que, tampoco lo ha narrado de esa manera, sino que ha afirmado que de dicho golpe su capacidad de resistencia se vio afectada, por lo que el imputado aprovechó dicho momento para llevar a cabo el acceso carnal que se ha denunciado, mismo que para ser realizado hubo mediación de violencia por parte del procesado.

Entonces, debe concluirse que la juzgadora –al avalar el testimonio de la víctima –ha llevado a cabo, aunque sea de forma intrínseca, la aplicación de las reglas de la experiencia común, pues el relato de la víctima en sí se apega a las mismas, ello en razón que se ha cumplido con los parámetros necesarios que permiten considerar que su testimonio no es parcializado ni motivado por razones de venganza, sino que el mismo se adecua a lo sucedido, máxime, cuando ha existido persistencia en la incriminación; y también existen elementos corroboradores de los mismos, como son los testimonios de la hermana y de la madre de la víctima.

Con ello se colige que el relato valorado, se encuentra apegado a las reglas de la experiencia común, permitiendo de esa manera, que esta Cámara determine que no es posible acoger la queja de los recurrentes; siendo procedente verificar."

CONSIDERACIONES NORMATIVAS, DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA PRUEBA DE REFERENCIA

"4. Inobservancia de los artículos 220, 221 y 222 CPP, por basarse en prueba de referencia para resolver.

En este punto alegado por uno de los recurrentes, se afirmó que, la Juzgadora –para incriminar al procesado en la conducta de violación –se ha tomado en cuenta la declaración tanto de la mamá como la hermana de la víctima, cuando las mismas no tuvieron que analizarse, porque a criterio del recurrente, ellas constituyen prueba de referencia. Entonces, resulta necesario que este Tribunal de Apelaciones lleve a cabo el análisis de lo que conlleva la calidad de testimonio de referencia (i), para que luego se verifique la calidad que se les ha dado a las personas que testificaron dentro de la audiencia (ii); y de esa forma se podrá concluir si ha existido la inobservancia alegada (iii).

i. El testimonio de referencia se encuentra regulado a partir del artículo 220 del Código Procesal Penal; sin embargo, previo a hacer una remisión literal a dicha disposición, es imprescindible identificar que, por testimonio de referencia debe entenderse todo aquel que manifiesta únicamente lo que se le contó –a cierta persona –por medio de otra que presenció los hechos, o incluso, por medio de la misma víctima; es decir que, en efecto, no se trata del testimonio que provenga de una persona que haya presenciado de manera directa los hechos, sino que únicamente refiere a aspectos que han llegado a ser de su conocimiento, pero que no los ha presenciado.

A raíz de ello, es válido afirmar que el testimonio de referencia, no es admisible de manera automática, en virtud que no es posible aseverar tajantemente

que por medio de ello podrá acreditarse, sin ningún atisbo de duda, la culpabilidad de una persona.

En consecuencia, el testimonio de referencia es admisible en casos excepcionales; sobre todo, para ser considerado como prueba de los hechos atribuidos, debe estar conformado por otros elementos de prueba, los cuales brinden consistencia y credibilidad, al grado de poder sostener con certeza la construcción de la culpabilidad del sujeto procesado; de lo contrario sería difícil sostener la fundamentación de una sentencia condenatoria.

Cabe aclarar que lo anterior aplica íntegramente cuando en un proceso únicamente se cuente con la declaración de un testigo de referencia, sin que exista testigos directos sobre los hechos; en dichos casos es donde será necesaria la existencia de elementos probatorios que sustenten el dicho que exprese el testigo referencia).

Sin embargo, si dentro del proceso se encuentran testigos directos, el testigo referencia) vendría a reforzar la versión dada por este, en el transcurso del tiempo, lo que funcionaría como persistencia de incriminación.

Para ser más claros con respecto al testimonio de referencia, se advierte que éste es el brindado por una persona, quien relata ciertos hechos mediante interrogatorio de la parte que lo ofrece, pero que en relación a esos hechos, los mismos no han sido presenciados de manera directa en cuanto a su ocurrencia, siendo que dichos hechos, los conoce el testigo únicamente por que le son narrados por otra persona, que es quien dice haberlos presenciado, e incluso sufrirlos, en el caso que sea la víctima.

En ese mismo sentido se pronuncia la doctrina, estableciendo que la admisión esta prueba se hace bajo una serie de supuestos y requisitos que permiten que el testimonio tenga un grado de mayor confiabilidad, por lo que es esencial la concurrencia de elementos que corroboren el contenido del testimonio, tal y como se ha expresado en párrafos precedentes.

Es así como se resalta que el artículo 220 CPP, expresa lo siguiente:

“Por regla general, no será admisible la práctica de prueba testimonial de referencia, salvo que sea necesaria y confiable.

El testigo se considerará de referencia cuando realice o vaya a realizar manifestaciones o aseveraciones provenientes u originarias de otra persona, con la finalidad de probar la veracidad del contenido de esas aseveraciones”.

Dicha disposición expresa de forma directa lo que se ha desarrollado por esta Cámara en párrafos precedentes, estableciendo que cuando se trata de prueba eminentemente referencial, la misma no será admisible, por regla general, sino que será necesario que concurran ciertas exigencias establecidas en la ley para que la misma sea admitida, lo anterior cuando se cuente únicamente con testigos de referencia como prueba.

En esa misma sintonía se considera que un testigo será considerado como referencial cuando narre hechos que le han sido contados por otra persona, es decir que él no los ha presenciado de manera directa, pero que en virtud de cómo se han dado las circunstancias, ha tenido conocimiento de ellas.

Dichas declaraciones pueden utilizarse en dos escenarios diferentes, en primer lugar, para suplir la declaración de un testigo directo en el caso que no se cuente con él, y en segundo lugar, para corroborar sus aseveraciones.

De lo anterior se puede establecer que cuando no se cuente con un testigo directo será posible la admisión de un testigo de referencia, observando las reglas establecidas en el artículo 221 CPP, mismo que expone la admisión excepcional del testimonio de referencia, dicha disposición expone lo siguiente:

"Será admisible la prueba testimonial de referencia en los casos siguientes:

Muerte, enfermedad grave u otra circunstancia que haga imposible o difícil que comparezca el testigo a rendir su declaración personalmente en la vista pública.

Operaciones policiales encubiertas.

Retractación de la víctima o el testigo, para controlar la credibilidad de éstas.

Manifestaciones expresadas de manera consciente y espontánea, en circunstancias que implicaban un perjuicio a los intereses de quien las efectúa o de un tercero en su caso".

Del artículo anterior, esta Cámara es del criterio que dichos supuestos son de fiel cumplimiento siempre y cuando no se cuente con prueba directa en el caso concreto, por lo que en dicho escenario se debe de cumplir con los supuestos que la disposición narra.

A pesar de lo anterior, dependerá de cada caso el análisis relativo a dicho tipo de prueba, ya que será necesario identificar el cumplimiento de los supuestos establecidos en la ley y analizar la forma en la que dicha prueba se ha incorporado o no en el proceso, para identificar si es posible admitirla y analizarla dentro del elenco probatorio; o identificar si no es posible conocer de la misma, lo cual obligaría a valerse del resto de prueba e identificar cuál sería la condición de los hechos sucedidos a raíz de dicho elenco.

Ahora bien, si se cuenta con una prueba primaria y directa de la cual se extraiga el acontecimiento de los hechos que se han investigado, la existencia de prueba referencial no puede ser automáticamente excluida del elenco probatorio, si no que la misma puede ejercer una función complementaria con respecto a las demás pruebas existentes.

Dicho aspecto cobra más sentido cuando el ente probatorio primario corre el riesgo de no brindar información completa o congruente, por lo que la existencia de prueba de referencia se encontraría dotada de peso suficiente para complementar o reafirmar la prueba directa.

Por lo tanto, es posible establecer que, a pesar de la existencia de prueba directa, es posible la incorporación de prueba referencial, a fin de que aquella se emplee como un elemento que corrobore lo introducido por la prueba primaria."

PRUEBA TESTIMONIAL HA PERMITIDO A LAS ENTIDADES JUDICIALES CONOCER DE ELEMENTOS PROBATORIOS QUE CONTRIBUYEN A CORROBORAR LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA

"ii. Analizado lo anterior, es pertinente verificar la forma en que la prueba testimonial, consistente en la madre y hermana de la víctima fue admitida en la audiencia de vista pública. Para ello, se hace remisión […] de la sentencia, en los cuales se expresa lo siguiente: […].

Con lo anterior es posible determinar que los testigos admitidos, es decir, la víctima, su madre y la hermana, fueron admitidas como testigos directos, resal-

tando que, además del delito de violación se está investigando por el delito de tráfico ilegal de personas, siendo testigos principales del delito de tráfico ilegal de personas.

iii. Habiendo verificado lo anterior, este Tribunal de Apelaciones hace constar que, la prueba testimonial a la que el defensor ha hecho referencia, consiste en prueba directa para verificar la existencia de los delitos por los que se está investigando, principalmente por el delito de tráfico ilegal de personas. Dicha circunstancia ha provocado que la misma no sea analizada bajo los parámetros de la prueba de referencia.

Ahora bien, es cierto que la Juzgadora ha utilizado lo declarado por las señoras […], tanto para comprobar la existencia y vinculación del delito de tráfico e ilegal de personas, tanto como el de violación, en contra del señor […]. Pero vale la pena destacar que en el caso del delito de violación, las mismas han narrado aspectos que rodean el suceso acontecido en contra de la víctima, tales como el hecho que la hermana la fue a traer, que recibió la llamada de la víctima, entre otros aspectos.

Por lo tanto, la prueba testimonial, en relación al delito de violación, ha apoyado a la labor judicial para conocer elementos que corroboran el dicho de la víctima. En ese sentido no es posible acoger la queja de la defensa, quien establece que se trata de prueba de referencia, pues más allá de no cumplir con los parámetros para la misma, tampoco ha sido admitida y valorada de esa manera.

En esa línea de análisis, esta Cámara considera que no ha existido inobservancia a los artículos 220, 221 y 222 CPP, por lo que es procedente declarar no ha lugar la queja expuesta por la defensa técnica del señor […].”

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 25-2019, fecha de la resolución: 21/05/2019

DECLARACIÓN DE VÍCTIMAS MENORES DE EDAD

CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS Y ESPECIALES PARA SU PONDERACIÓN

“4. Los delitos sexuales, son doctrinalmente conocidos como delitos de alcoba, en los que, dadas las particularidades en los que estos son cometidos, la víctima se convierte por lo general en el único testigo del hecho, su testimonio se vuelve fundamental para la averiguación de la verdad real, ya que el sujeto activo busca lugares o circunstancias en los cuales la presencia de otras personas sea nula, es por tal razón, que el testimonio de la víctima se vuelve en la mayoría de casos la única prueba de carácter testimonial y directa de cargo con la que se cuenta al momento de realizarse la vista pública. Sin embargo, este testimonio deberá ser valorado por el juzgador con otros medios de prueba periféricos que hayan sido incorporados al proceso.

5. Cuando la víctima es menor de edad, el relato de los hechos dados por ella, debe ser ponderado de una manera especial, debiéndose tomar en cuenta su edad y el discernimiento que esta pueda tener respecto de lo que está relatando, así como el grado de afectación psicológico que dicho acontecimiento

le haya producido. Cuando se valora como prueba el testimonio de un menor, debe entenderse que estos perciben y racionalizan los hechos de una manera diferente a la de los adultos debido a sus procesos cognitivos el cual está ligado al desarrollo mental que el testigo o víctima menor de edad pueda tener, lo cual puede afectar su manera de percibir el hecho, desde la primera manifestación en el proceso hasta la realización del juicio oral y por el cual declara de una manera diferente con el transcurso del tiempo.

6. Aunado a ello, se debe tomar en cuenta que aunque se realicen por parte del tribunal que conozca del proceso acciones tendientes a no producir una re-*victimización -para el caso de delitos sexuales-* esto no se puede evitar de una manera efectiva, pues cada vez que declara o narra a un perito sobre el hecho del cual ha sido víctima, realiza una regresión mental en el tiempo hasta la fecha del cometimiento del delito del cual está declarando, lo cual de acuerdo a *Van Dokkum*, citado por Ileana Guillen Rodríguez en su libro "La Valoración del Testimonio de Menores en delitos Sexuales" Pag. 99, *"Los niños tienen mejor memoria episódica (memoria para los eventos) que memoria semántica (memoria del conocimiento general) ya que esta última es producto de la primera y mejora con el tiempo".*

7. En atención a esa situación ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia en dicha prueba, es necesario que se valore expresamente la comprobación de la concurrencia de los siguientes requisitos: ***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:*** derivada de las relaciones entre acusador y acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o circunstancia de cualquier otra índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

8. Debe señalarse que la existencia de sentimientos negativos es válida, siempre y cuando estos sean como consecuencia de la actividad ilícita que se cometió en perjuicio de la víctima, es decir, que la víctima sienta rencor u odio hacia su agresor, es normal ya que como seres humanos estamos dotados de sentimientos positivos y negativos, y la forma de reaccionar ante determinadas conductas varía según la persona, lo importante es que dicha negatividad debe ser identificada a partir del cometimiento del ilícito, y no al contrario, que, por existir sentimientos contra determinada persona, se haga la denuncia con la finalidad de afectarla […]"

"12. 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. […]" relevancia, ya que de acuerdo a la edad de la niña así será como ésta perciba los hechos.

14. 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. En éste caso, la víctima ha declarado de forma anticipada, su relato ha sido lógico y coherente, no se verifica que en el mismo existan ele-

mentos irracionales. Siguiendo con los elementos corroborativos de la declaración de la víctima, ***ii) corroboraciones 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. […]"

PROCEDE ANULAR SENTENCIA ABSOLUTORIA POR INOBSERVANCIA DE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA EN LA VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN

"32. Ahora bien, otro punto en los que la Juez de Sentencia consideró que no se estableció es ***c) la persistencia en la incriminación:*** ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la tutela que proclama la persona acusada de hacer valer su presunción de inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de ésta es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su falsedad.

33. Las circunstancias y contradicciones en éste caso jamás fueron evidenciadas; la víctima no ha señalado a otra persona como el agresor, sino que única y exclusivamente al procesado, respecto de lo anterior, debe tomarse en cuenta que la declaración del menor fue producida con la utilización de Cámara Gessel, la cual es un espacio especial creado para no ser formal ni hostil para el niño, niña o adolescente al momento de rendir su testimonio y que busca la supresión de aprensiones innecesarias -ansiedad, miedo, angustia, nerviosismo, etc. Es por ello que están diseñadas para que el niño, niña o adolescente al momento de rendir su testimonio no sea sometido a la presión que implica estar en una sala de audiencias, frente a todas las partes que intervienen en su desarrollo, entre ellos el imputado.

34. Es por ello que las mismas se componen de dos espacios divididos por un vidrio especial, de manera tal que la persona que rinde el testimonio no puede observar a ninguna persona excepto al profesional de la conducta que está realizando el interrogatorio que le ha sido proporcionado de manera previa, utilizando las técnicas de su profesión para que este sea lo menos traumatizante para el declarante. Dicha forma de declaración tiene su respaldo legal en los artículos 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, 12 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y 106 No. 10 letra e) del Código Procesal Penal.

35. Ésta forma especial de declaración; no obstante, no ser la parte -defensa-querella o fiscalía- la que realiza el interrogatorio, no significa la violación a los principios procesales de Legalidad, Inmediación, Oralidad y Contradicción, ya que las preguntas que se le realizan al declarante, han sido proporcionadas al especialista de la conducta que realiza el interrogatorio por medio del juez, quien las ha recibido de las partes; es decir, que si bien es cierto no se trata de un interrogatorio directo, éste se hace en atención a las preguntas formuladas en el cuestionario que la parte entrega al juez previo a la declaración en la Cámara Gessel, pero tanto las partes como el juez, presencian dicha deposición, con la salvedad que lo hacen a través de un vidrio diseñado para que las partes puedan ver al testigo, mas no esté a las partes, todo con la finalidad de garantizar un ambiente menos hostil para el menor. […]"

"44. En consecuencia, es de suma importancia que el juez no se limite a la simple trascripción del testimonio de las víctimas y demás medios de prueba; al contrario, es necesario ampliar el examen de la prueba testifical, en consonancia a otros elementos objetivos periféricos, y explique cuáles son las razones por las que estima la fiabilidad de la prueba, con expresión tangible de argumentos debidamente razonados, con el objetivo de fundamentar la sentencia definitiva.

45. En éste caso, la Juzgadora fue demasiado rigurosa al analizar el testimonio de la menor […]. cuando: los menores de edad tienen una especial condición de desventaja, y se les debe brindar una mayor protección jurídico-penal, pues por su edad se consideran que no han alcanzado un nivel de desarrollo que les haga aptos para auto determinarse libre y conscientemente en el ejercicio de la sexualidad, dado que están incapacitados para comprender el sentido y el significado del acto sexual en el que se les hace participar.

46. Conviene destacar, que, en los casos de abuso sexual o violencia ejercida sobre un menor, el testimonio de éste constituye la prueba medular, sino la única para establecer la realidad. En la valoración de lo declarado por la menor ofendida debe estarse a las reglas de la lógica y de la experiencia enorme la corta edad de la víctima no implica que no entienda su victimización sino todo lo contrario. Los delitos sexuales son una forma de reprimir todos aquellos ataques graves contra la autodeterminación sexual y con mayor razón cuando la víctima es menor de edad o incapaz, donde se le obstaculiza el proceso de formación de la personalidad, causándole trastornos físicos psíquicos". *"Existe una falta de fundamentación intelectiva, cuando el sentenciador se refiere al testimonio de la menor víctima restándole total credibilidad"*

47. Para éste Tribunal el yerro lógico del juez, es de errónea valoración de la prueba y no de falta de fundamentación intelectiva, puesto que los errores en materia de apreciación de la prueba se rigen especialmente por estos defectos, incluyendo la errónea valoración o motivación de carácter intelectivo, que, al existir, no puede señalarse que falte. Y por eso no es defecto de motivación, sino de errónea valoración de la prueba, solo que en estos casos el vicio de argumentación lógica radica en la apreciación de la prueba y en el análisis que se presenta de la misma, el cual es errático, como el presentado por el juez sentenciador, que no ha valorado correctamente el testimonio rendido por la menor […]. quien declaró de forma anticipada."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-362-SA-2018, fecha de la resolución: 07/03/2019

EL USO DE CÁMARAS GESELL ES UN MECANISMO DE PROTECCIÓN JUDICIAL PARA ASEGURAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

"**15.** Básicamente los recurrentes consideran que debe ser desestimada la declaración anticipada de la menor víctima ********** por errores técnicos que supuestamente suceden en la reproducción del DVD que se hizo en la audiencia de vista pública, lo que conlleva a expresar la importancia de dicha prueba y del mecanismo mediante el cual se recibe en caso de ser menores de edad los que rinden declaración, ya que mediante éste mecanismo se pretende generar

un ámbito de mayor protección a los derechos de la infancia y adolescencia, tratando sobre todo de minimizar los múltiples aspectos de re-victimización, que presentan el trámite del proceso penal y en este caso, del interrogatorio de las personas infantes o adolescentes que son víctimas.

16. Ese conjunto de garantías específicas para generar un marco de protección a los derechos de los niños, tiene un primer sustento en la Convención de los Derechos del Niño, precisamente en el artículo 3.1. que establece como principio rector en su sentido más general que las instituciones tengan en cuenta el interés superior del niño, respecto de las medidas que deban de adoptarse respecto al ejercicio de sus derechos, en tal sentido dice el precepto: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*. También en el artículo 12 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, se reconoce el principio de interés superior del menor, inclusive con un rango especifico de ponderación. Precisamente la decisión legislativa de instaurar un régimen legal diferente de interrogatorio para los infantes y adolescentes, que genere menos afectación de sus derechos, y la aplicación de dicha normativa en los casos que proceda por los jueces, es una concreción del aludido principio.

17. En tal sentido, las Cámaras Gesell, constituyen espacios especialmente diseñados para no ser formales ni hostiles al niño niña o adolescente y perfectamente quedan comprendidas en el supuesto legal que manda a que el testimonio de los menores se le brindan las mayores facilidades para rendir su testimonio y que este se reciba: "[...]en ambientes no formales ni hostiles [...]"; precisamente las Cámaras Gesell, constituyen medios de facilitación para que el menor brinde su testimonio en lugares menos incomodos a su percepción del lugar donde tendrá que declarar y de esta manera reducir lo más que se pueda la aflictividad derivada de relatar los hechos que afirma le sucedieron; con lo cual, el uso de las Cámaras Gesell, se encuentran comprendidas dentro del precepto legal que establece el derecho de la niña, niño o adolescente para rendir su testimonio en espacios no formales ni hostiles.

18. Debido a la misma protección judicial que se pretende asegurar a las víctimas menores de edad, se consideró pertinente que la declaración fuera recibida de forma anticipada y el problema no radica en cuestiones sustanciales de la declaración de la menor, sino en problemas técnicos que tampoco son suficientes para poder desestimar los hechos narrados por la niña **********., principalmente porque no está relacionando circunstancias relacionadas a la credibilidad de la menor, o situaciones que hagan cuestionables su dicho, sino, asuntos periféricos he irrelevantes que no fueron cuestionadas por los recurrentes de forma oportuna, es más, del contenido del acta de vista pública no se hicieron constar dichos problemas técnicos, ni mucho menos alegaciones respecto a la reproducción del DVD que contiene la declaración anticipada de **********."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-27-SC-2019, fecha de la resolución: 14/03/2019

DENUNCIA ANÓNIMA

CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES

Una de las sentencias de la Sala de lo Penal es la **Ref. C 47-2000,** de fecha 20 de julio de 2001, en donde dijo lo siguiente: "*Manzini en su obra de "tratado de Derecho Procesal Penal" afirma que: "Las declaraciones de personas que no quieren revelar sus circunstancias generales pueden tener valor informativo para la autoridad policial, pero no para la autoridad judicial por prohibirlo el principio general que excluye del proceso penal los anónimos**… La circunstancia de no poder recepcionar en el proceso una denuncia anónima, no veda a la autoridad a proceder a la averiguación de si el hecho referido por el anónimo realmente ha ocurrido o no, actuando en consecuencia**", y la noticia anónima que no es denuncia, permite la averiguación del hecho, tanto de su existencia cuando cuanto de sus características, para poder decidir sobre la promoción de la acción."*

También tenemos, que el Tribunal Supremo Español en sentencia bajo ref. STS 11/2011, 1 de febrero de 2011, dijo: "*en cuanto a las denuncias anónimas o noticias confidenciales, hemos dicho en sentencias 1047/2007, 17 de diciembre; 534/2009, 1 de junio; 834/2009, 16 de julio; 1183/2009, 1 de febrero, que en la fase preliminar de las investigaciones, la Policía utiliza **múltiples fuentes de información**: la **colaboración ciudadana**, sus propias investigaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. La doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen **exclusivamente como medios de investigación** y no tengan **acceso al proceso como prueba de cargo** (Sentencia Kostovski, de 20 de noviembre de 1989, Sentencia Windisch, de 27 de septiembre de 1990). Habría, sin embargo, que establecer una limitación adicional. En efecto no basta con excluir la utilización de la "confidencia" como prueba de cargo, para garantizar una adecuada tutela de los derechos fundamentales. Es necesario **excluirla también como indicio directo y único para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales**. Ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un ánimo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, etc., así como el antiguo brocardo de que "quien oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa". Es por ello por lo que la mera referencia a informaciones "confidenciales" **no puede servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales** (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas, salvo supuestos excepcionalísimos de **estado de necesidad** (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo). La supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales **para comprobar su veracidad**, y sólo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas"."*

Cámara de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, número de referencia: 368-P-18, fecha de la resolución: 26/04/2019

DENUNCIA O ACUSACIÓN CALUMNIOSA

ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

"Es así que el delito de **DENUNCIA O ACUSACION CALUMNIOSA,** se encuentra tipificado y sancionado en el **Art. 303 cpn.,** el cual literalmente dice: **"***El que denunciare o acusare a una persona ante autoridad judicial, como autor o partícipe de un delito a sabiendas de que es inocente, será sancionado con prisión de uno a tres años. En la misma sanción incurrirá el que diere aviso a la autoridad judicial, a la Fiscalía General de la República o a los órganos auxiliares, imputando a otro haber cometido un delito, a sabiendas de que es inocente."*"

Analiza esta Cámara que los requisitos del tipo penal del art. 303 del c.pn. son: **1-Que** el sujeto activo del delito **"denuncie"** o **"acuse"** a otra persona, véase que es un tipo penal alternativo, basta que se configure una de las dos conductas, ello implica remitirnos a los arts. 261, 267, 268, y 269 del cpp que hace referencia a las **"denuncias"** la cual es una acción diferente a la del "aviso" (que se puede hacer incluso por teléfono y de forma anónima), en tanto "la denuncia" implica un acto que conlleva un poco de mayores requisitos, como es el hecho de tener que identificarse ante la autoridad respectiva como puede ser ante la policía o la fiscalía, siendo el denunciante una persona que le tocó presenciar la perpetración de un hecho delictivo, constituyendo **"un acto inicial de investigación"** ubicado en el libro segundo, Título I, Capítulo I, que se denomina **"Actos Iniciales de Investigación",** y que según el art. 270 CPP, estos actos iniciales pueden ser: de oficio, por aviso, por denuncia, o por querella; en ese orden de ideas, no es lo mismo un acto inicial de investigación consistente **en una denuncia**, que un acto inicial de investigación consistente en una **actuación de oficio**. En cuanto al término **"acusare",** refiriéndose a una **"acusación",** ya nuestro código procesal penal regula dicho termino, y hace referencia el legislador a una imputación plasmada en un **dictamen de acusación**, o en una querella, o en una **acusación en delito de acción privada** (art.439 CPP); asimismo es de aclarar que el sujeto activo puede interponer directamente la denuncia calumniosa, o puede hacerlo a través de su apoderado, lo importante es que se determine quién es el que denuncia a la víctima**; 2-Que** esa denuncia o acusación sea presentada **ante** la **policía, fiscalía, o juez**, por lo tanto puede ser en sede judicial o administrativa; **3-Que** lo que se llegue a denunciar sea una conducta constitutiva de delito según nuestro sistema penal, **4-** Asimismo el tipo penal **es doloso**, el cual puede ser **dolo directo o dolo eventual**, ello implica que el sujeto activo del delito tenga el **conocimiento** o se represente que su conducta está prohibida por la ley, y a pesar de ello tenga **la voluntad** para llevarlo a cabo**, y 5-** exige un **elemento subjetivo especial** y este es que el sujeto activo no solo actúe sabiendo que está prohibida su conducta en el código penal, sino además denuncie en contra de la víctima, **aun sabiendo** que lo que está denunciando **es falso**, o sea que no corresponde con la verdad; o en su caso sobre el dolo eventual se exigiría que el sujeto activo **se represente la posibilidad** de que los hechos que esta denunciado no son ciertos y a pesar de ello, continua y aun así denuncia en contra de la víctima, activando el deber de investigar y atentando contra el honor de una persona."

AFECTA EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EL HONOR DE LA PERSONA A LA QUE SE IMPUTAN LOS HECHOS FALSOS

"El autor **Francisco Muñoz Conde** en su obra de Derecho Penal, Parte Especial, pág. 880, afirma que la acusación y denuncia falsas suponen, por tanto, **un ataque a la administración de justicia**, por cuanto implican la utilización indebida de la actividad jurisdiccional; **pero al mismo tiempo**, representa un **ataque contra el honor del acusado** o denunciado falsamente.

El tribunal Supremo Español, en sentencia bajo referencia STS 1861/2011, de fecha 29-03-2011, cuyo magistrado ponente fue el magistrado Manuel Marchena **********, sobre el delito de **denuncia o acusación calumniosa**, analizan: *"… **la denuncia** ha venido actuando siempre como un vehículo de comunicación y conocimiento de la notitia criminis, mientras que la querella, además de eso, encerraba un acto de voluntad, esto es, de exteriorización del deseo de ejercer la acción penal como parte acusadora. Es lógico, pues, que, desde esa perspectiva histórica, el tratamiento doctrinal y jurisprudencial de los delitos de acusación y denuncia falsa, haya estado condicionado por esa idea tan elemental…. Esta diferencia también está presente en el apartado 2 del art. 456, que vuelve a aludir al "denunciante" o "acusador". De acuerdo con la idea defendida en el recurso, sin embargo, el legislador habría identificado al denunciante con aquel que formula denuncia y al acusador con aquel otro que formaliza una querella. Quedaría extramuros de la tipicidad, por ejemplo, la personación en un proceso penal ya iniciado, con la exclusiva finalidad de dirigir un escrito de acusación contra una persona a la que se sabe inocente. Y no es esto lo que se desprende de una interpretación lógica del precepto. La exégesis del art. 456 del CP ha de hacerse integrando la acción típica -**imputar a una persona hechos que, de ser ciertos, constituirían una infracción penal-** con las categorías que ofrece el derecho procesal a la hora de regular los aspectos formales del ejercicio de la acción penal.....El bien jurídico protegido en este delito es doble: de un lado **el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia,** que se perjudica al verse en la precisión de llevar a cabo actuaciones procesales penales basadas en hechos cuya falsedad consta desde el inicio a quien los pone en su conocimiento; y de otro **el honor de la persona a la que se imputan los hechos falsos**, que se ve afectado negativamente al aparecer como imputado en una causa penal. En el primer aspecto, la Justicia no solo sufre los efectos negativos de un esfuerzo injustificado, sino que también puede verse perjudicada en su prestigio en cuanto llega al conocimiento público que el Poder del Estado en ese ámbito ha sido engañado e incluso conducido a tomar decisiones, aunque sean provisionales, que al basarse en hechos falsos, resultan injustas...**La acción se colma**, pues, con la falsa atribución, a sabiendas, de responsabilidad por la comisión de una infracción penal ante cualquier funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a la averiguación del hecho denunciado. De suerte que, todo aquel que verifica esa adjudicación falsaria de responsabilidades penales, ya sea denunciando el hecho, ya interponiendo querella, ya personándose como acusador particular en un proceso iniciado, **colma la acción típica**. Todavía en el tipo objetivo, desde la perspectiva*

del resultado, la preexistencia de un proceso penal en marcha no es obstáculo para la comisión del delito. Como venimos razonando, es perfectamente posible imputar falsamente a otra persona la comisión o la participación en un hecho delictivo mediante un acto de personación que, por definición, implica un proceso penal **ya incoado.** *En efecto, ese ejercicio de la acción penal, a sabiendas de la manifiesta falsedad de los hechos sobre los que se apoya, da lugar a nuevas actuaciones personales".*"

REQUISITOS QUE LA DOCTRINA EXIGE PARA SU CONFIGURACIÓN

"Por su parte la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia bajo Ref. 386-CAS-2003 de fecha 28 de septiembre de 2004 dijo: "… *El caso que nos ocupa, no cabe duda, se encuentra ubicado dentro de los delitos de mera actividad, pues la conducta típica que exige el Artículo 303 del Código Penal,* ***es imputar, en forma de acusación o denuncia, a una persona, la autoría o participación de un delito, siempre que esta imputación se realice ante órgano judicial, fiscal o policial, a sabiendas que - esa persona denunciada- es inocente.*** *b) En el mismo orden de ideas, cabe aclarar que el delito de Acusación o Denuncia Calumniosa, conforme la doctrina exige los requisitos siguientes: 1) Una* ***"imputación "*** *- precisa y categórica* ***- de hechos concretos y específicos****, definidos en el Código Penal o en leyes especiales como delito,* ***dirigida contra una persona determinada****, aunque es indiferente para la realización de la conducta típica que el sujeto activo los califique así o no, o se equivoque en la calificación, no bastando con que se impute una mera falta y siendo irrelevante para el tipo que el delito imputado al sujeto pasivo haya tenido o no lugar en realidad, con tal de que el denunciado o acusado no haya sido su autor o no haya participado en él, es decir,* ***que la imputación sea falsa;*** *2) Que los hechos acusados o denunciados, en el caso de ser ciertos, constituyan delito o falta; 3) Dicha acusación o denuncia tendrá que ser falsa, lo que, por lo general se entiende de modo objetivo, es decir, que habrá falsedad en la imputación y, si concurren los demás elementos, delito, si, en la realidad, no ha ocurrido lo atribuido al sujeto pasivo y, por tanto, éste no ha sido ni autor ni participe en el delito que se le atribuye; 4)* ***Es necesario considerar también que, la Denuncia o Acusación tendrá que interponerse ante alguno de los órganos*** *encargados de la persecución penal, a saber: autoridad judicial, Fiscalía General de la República u órganos auxiliares; y, 5) Debe existir intención delictiva, es decir,* ***conciencia de que el hecho denunciado es delictivo y falso****; esto es,* ***mala fe del sujeto activo****. c) Por último, es necesario aclarar que****, el delito queda consumado desde que el órgano judicial, fiscal o auxiliar, tiene conocimiento de la denuncia o acusación….*** *concluimos que los hechos acreditados por el Tribunal de Sentencia de San Vicente, corresponden al delito de Denuncia Calumniosa, ya que a partir de tales hechos quedó demostrado que el señor (...) (sujeto activo) atribuyó una " imputación falsa " en contra del señor (...) (sujeto pasivo), ante autoridad encargada de la persecución penal, como autor de un delito - Falsedad Material- a sabiendas de que era inocente".*"

Cámara de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, número de referencia: 248-P-18, fecha de la resolución: 04/01/2019

DERECHO A RECURRIR

ACCESO EFECTIVO AL MISMO

"Número 2. Sin embargo este Tribunal de Alzada al examinar la apelación, observa ciertas falencias en relación a la motivación de la expresión de agravios, como presupuesto de admisibilidad para acceder a la vía recursiva; en ese contexto se trae a colación, la jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Constitucional en sentencia de amparo de fecha 06/04/2005 con *N° de referencia 492-2004,* en la cual nos manifiesta: " [...] *El derecho a recurrir es un derecho de configuración legal y, por ende, implica que al consagrarse en la ley un determinado medio impugnativo para el ataque de alguna resolución de trámite o definitiva, debe permitirse a la parte agraviada el acceso efectivo al mismo, con lo cual se estaría también accediendo, eventualmente, a un segundo o tercer examen de la cuestión, potenciándose el derecho de acceso a la jurisdicción.*

El derecho a recurrir no es una categoría ilimitada, puesto que el acceso a otro grado de conocimiento en la jurisdicción, a través de un medio impugnativo, está supeditado al cumplimiento de los requisitos procesales que se establezcan en las leyes o cuerpos normativos respectivos. (...)" (Lo resaltado es de esta Cámara)."

CRITERIO DE FLEXIBILIDAD

"Número 3. Ciertamente, esta Cámara posee un criterio flexible en cuanto a la admisibilidad de los recursos de apelación remitidos para su conocimiento, conforme a lo dispuesto en el *Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos;* del cual se deriva el derecho a un *recurso sencillo y rápido,* en vista de atender las inconsistencias realizadas por los Jueces de Primera Instancia, que causen perjuicio a las partes procesales, a efecto que tales agravios, se confronten por un Juez o Tribunal jerárquicamente superior; empero, no es menos cierto que *tal facultad no implica el desconocimiento de formalidades esenciales,* máxime al tratarse de la argumentación de aquellas inconsistencias que señala el impetrante, pues tal presupuesto es funcional a los Tribunales de Alzada, en el sentido que ubica espacialmente que parte de la resolución le afecta al recurrente y bajo que supuestos se ocasiona el daño o desventaja en sus pretensiones procesales."

AGRAVIO Y FUNDAMENTACIÓN

"Número 4. Esta Cámara considera pertinente advertir brevemente consideraciones básicas sobre el agravio y su fundamentación, en tal sentido se relaciona la jurisprudencia de la Honorable Sala de lo Penal, con n° de referencia 501 -CAS-2007, de fecha 03/09/2009; en la cual nos define el termino agravio de la manera siguiente: "[...] *El término agravio en su carácter de presupuesto para impugnar ante la Sala de lo Penal, consiste en el mal, daño, lesión o afectación de los derechos e intereses de una persona; pero originado por una resolución judicial en la que se aplicó de forma indebida un precepto legal o por falta de*

aplicación del que debió regir el caso, no así la inconformidad que le genera el pronunciamiento[...]".

Número 5. La concurrencia del agravio, se suscita por tanto ante la insatisfacción total o parcial de las pretensiones procesales ya sean principales o accesorias, en virtud de una errónea o inobservada aplicación de preceptos legales por parte del juzgador, lo que ocasiona para el agraviado un desequilibrio en el proceso, atentando a los fines del mismo, a los derechos y pretensiones del recurrente.

Número 6. *Idoneidad de la argumentación del libelo recursivo*

Se espera del contenido del escrito de apelación una crítica razonada, objetiva y concreta, contra las razones brindadas por el Juez jerárquicamente inferior; la idoneidad de la expresión de agravios se manifiesta cuando el impetrante, enmarque con *determinación y precisión* en consonancia de una utilización mínima de técnica recursiva, el encuadramiento de aspectos del decisorio que el recurrente considera equivocados, señalando los errores u omisiones que el Juez A quo, ha tenido, brindando el apelante refutaciones básicas que controviertan pronunciamiento fáctico y jurídico realizado por el juzgador, y así obtener claridad de las consecuencias perjudiciales que tal resolución ocasiona."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-49-19, fecha de la resolución: 06/03/2019

DEFINICIÓN

"En la fijación de las decisiones recurribles, así como en los instrumentos procesales para ello (revocatoria, apelación, etc.), existe *cierto* margen de configuración de acuerdo a la *libertad de formación democrática de la voluntad legislativa.* En esos términos se ha t referido la Sala de lo Constitucional en el proceso de Inconstitucionalidad 40-41/2009 (40-2009 Ac) al acotar que:

"El derecho a recurrir, es aquel que tiene toda persona a hacer uso de los recursos que el ordenamiento jurídico expresamente consagra, dentro del derecho al proceso constitucionalmente configurado que se conjuga con el derecho de audiencia y defensa. Por consiguiente, el referido derecho es de aquellos respecto de los cuales el legislativo dispone de un cierto margen de conformación, en virtud de su libertad de modular las posibilidades de impugnación en cada materia sometida a regulación: ampliarlas en unas y reducirlas en otras. Por ejemplo, en algunos casos podrá sólo establecer el recurso de revocatoria; en otros contemplar, además, el recurso de apelación; pero en otros negar toda posibilidad de un segundo examen de la cuestión" **(Sentencia Definitiva de las diez horas con nueve minutos del doce de noviembre de dos mil diez).**"

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 224-2019-2I, fecha de la resolución: 15/08/2019

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE ESTE DERECHO EN SEGUNDA INSTANCIA

"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 numero 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 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 inciso segundo Pr. Pn., ahí puede dictar directamente la sentencia la cámara, pero no es este el caso.

Y es que aun cuando la norma, Art. 475 inciso segundo del Código Procesal Penal, 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 del dos mil quince en casación 85C2013, se argumentó lo siguiente en dicho precedente.

"6.- por lo que, a la luz del sentido y alcance dado por los máximos intérpretes de dicho precepto sobre derechos humanos (CIDH Y CDHUN) confieren a toda persona declarada, el derecho de recurrir ante un tribunal superior vía un recurso ordinario accesible y eficaz en pro del derecho de defensa técnica o material de los justiciables; y siendo que, en el caso sometido a conocimiento de los suscritos, el imputado AM. acusado por el delito de Violación en Menor o Incapaz, absuelto en primera instancia y condenado en segunda instancia a la pena de catorce años de prisión, se estima que el procesado está en plena desventaja frente a aquellos que han sido condenados en primera instancia en razón que la sentencia condenatoria y la pena impuesta por primera vez proferida por el Ad quem. En el orden de lo anterior, la condena impuesta al imputado AM. por la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente debe de casarse".

Por lo que esta cámara es del criterio que todo imputado tiene derecho a recurrir en apelación de una sentencia, y si se dictara una resolución de condena, se anularía del derecho a recurrir por medio del recurso de apelación, porque la apelación es para resoluciones dictadas 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 garantías 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.

A fin de cumplir con lo antes expuesto, siendo que el expediente original remitido fue conocido por el juez suplente del Tribunal Segundo de Sentencia de este distrito, Jorge Salvador Calderón Ramírez de manera unipersonal, conforme a lo dispuesto en el inciso último del Art. 53 Pr. Pn., han de remitirse dichas actuaciones al tribunal de origen, para que este sea conocido por un juez diferente del mismo, a efecto de que realice una nueva vista pública."

Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, número de referencia: 163-2019, fecha de la resolución: 03/07/2019

DETENCIÓN PROVISIONAL

CONSIDERACIONES SOBRE LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO O FUMUS BONI IURIS, Y PELIGRO DE FUGA O PERICULUM IN MORA

"1.- La detención provisional es la medida cautelar más gravosa reconocida por nuestro ordenamiento jurídico, ya que restringe un derecho fundamental, que es el de la libertad personal en forma severa, mediante la reclusión de una persona en un establecimiento penitenciario, y por ello es que su imposición y / o ratificación, solamente está autorizada cuando en el proceso se establezcan, en forma amplia y bastante, los presupuestos a que se refieren los Arts. 329 y 330 CPP.

Al respecto, el Legislador exige que para que proceda la detención provisional de una persona, deben reunirse dos requisitos básicos, que son: el *fumus boni iuris* o apariencia de buen Derecho, que requiere la convicción del Juez de la causa para sostener razonablemente la existencia del hecho punible y a la vez la posible participación del imputado en el mismo; y por otro lado, el *periculum in mora* o peligro por el retardo por la sentencia, de fuga o de obstaculización, como es conocido, según el cual existe la probabilidad de que el imputado se fugue o que obstaculice futuros actos de investigación.

No obstante lo anterior, esta Cámara advierte que en el caso de autos, no está en controversia lo correspondiente al *fumus boni iuris*, por cuanto el mismo apelante ha enfocado y argumentado su revisión de medida cautelar y apelación en que los hechos por los cuales se le decretó la detención a su defendida han variado por la presentación que se hizo de arraigos familiares laborales y domiciliares de la procesada, es decir únicamente sobre el extremo de peligro

de fuga, razón por la cual, nuestro pronunciamiento se limitará al análisis de las alegaciones dadas respecto del *periculum in mora*.

2.- En ese sentido, en cuanto al *periculum in mora*, peligro de fuga o peligro por la tardanza de la sentencia, resulta imprescindible el análisis de dos tipos de parámetros, uno objetivo, referido al presunto delito cometido, para lo que se debe de tomar en cuenta la gravedad del mismo y la posible pena a imponer y el parámetro subjetivo, el cual está relacionado directamente con los imputados y sus arraigos."

TRIBUNAL DE ALZADA CONSIDERA QUE LA DETENCIÓN PROVISIONAL RESULTA SER LA MEDIDA CAUTELAR MÁS IDÓNEA PARA GARANTIZAR LA INVESTIGACIÓN Y LA PRESENCIA DE LA ENCAUSADA

"En cuanto al parámetro objetivo, resulta que el delito de EXTORSIÓN AGRAVADA regulada bajo la nueva ley (LECDE) se considera pluriofensivo por afectar diversos bienes jurídicos protegidos (Vid. Sala de lo Constitucional en sentencia de inconstitucionalidad 30-2016, de fecha 27/10/2017 por lo que puede considerado como grave, conforme al Art. 18 del Código Penal, en adelante C.Pn., ya que se encuentra castigado con una pena que es mayor de diez años y hasta más de trece años e de prisión, lo que permite inferir un riesgo de fuga, por el temor que puede experimentar la persona procesada al enfrentar una pena privativa de libertad de tan considerable duración.

Lo anterior significa que está latente el temor que experimenta la persona humana de enfrentar una sanción que importa un menoscabo a su libertad ambulatoria, mediante el encierro en un recinto penitenciario, cuyo goce ordinario es absolutamente más amplio; por lo que, este aspecto resulta relevante a los efectos de evaluar la procedencia de lo pedido por el apelante.

3.- En otro sentido, paralelamente al peligro en abstracto que supone el delito y la gravedad de la pena, resulta que del expediente se desglosa que existen elementos indiciarios suficientes que dan solidez a la imputación que recae sobre la acusada, en este estado del proceso, sin que el impetrante alegara alguna modificación de estos extremos en la solicitud de audiencia de revisión de medidas; por lo tanto su declaración en el escrito recursivo sobre que no hay suficientes elementos para establecer la participación de la encausada no es procedente por cuanto no ha señalado elementos de convicción o hechos nuevos que hagan variar ese punto."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-148-19, fecha de la resolución: 10/06/2019

CONSIDERACIONES SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR

"Con la finalidad de salvar esta dificultad, el legislador ha establecido, en el art. 329 No. 1° pr. pn., los dos presupuestos de procedencia de la medida cautelar de la detención provisional: la apariencia de buen derecho *(fumus boni iuris)* y el peligro de fuga u obstaculización *(periculum in mora).*

Sobre la determinación de la apariencia de buen derecho, éste consiste básicamente en la probabilidad positiva de imputación de los hechos investigados al sujeto procesado. Necesariamente entonces, deberá existir un examen de adecuación de la conducta incriminada al o los procesados con el precepto penal bajo el cual se ha calificado. Esto garantiza que la aplicación de cualquier medida cautelar deberá estar inexorablemente precedida por un examen como el descrito.

En ese entendido, no puede concebirse tal examen de adecuación sin que se consideren las particularidades que cada delito conlleva en sí. Es importante destacar que no se requiere un análisis detallado del tipo penal de la manera en que se haría en una sentencia; pero sí es necesario que exista un examen de los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo penal atribuido al procesado, y una confrontación de indicios —verificables en las diligencias iniciales de investigación- que lleven a pensar que los hechos investigados se enmarcan al tipo penal objeto de análisis.

Para ello, es especialmente útil el conocimiento y aplicación de la teoría jurídica del delito como la principal herramienta para determinar la apariencia de buen derecho. Las diligencias iniciales de investigación serán pautas de las cuales pueden desprenderse indicios que nos lleven a establecer preliminarmente la concurrencia de los elementos subjetivos y objetivos del delito incriminado, y de las cuales deberán de hacerse derivaciones específicas y razonadas.

Es un yerro bastante común pretender suplir estas derivaciones por la simple transcripción de la diligencia de investigación; sin embargo, la mera copia del contenido de estas no permite inferir en qué sentido lo ha apreciado el juez y qué aspectos de la información ha considerado relevantes.

Con relación al peligro de fuga u obstaculización, este tiene como presupuesto la apariencia de buen derecho debido a que, una vez alcanzada la probabilidad positiva de imputación de los hechos investigados a la persona del procesado, la presunción de inocencia que opera a su favor se atenúa y posibilita la imposición de cargas meramente precautorias, con la única finalidad de asegurar los fines que el proceso persigue.

No obstante lo anterior, la concurrencia de la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* no implica automáticamente la aplicación de medidas cautelares. Todo supuesto de aplicación de medidas cautelares (o la falta de aplicación de estas) —sin excepción- deberá de fundamentarse en las circunstancias particulares del hecho investigado y en aquellas propias del procesado; así como en los parámetros de necesidad, idoneidad proporcionalidad.

Estos tres parámetros no deberán estar fundados en frases rutinarias o meras consideraciones doctrinarias; sino que deberán describir claramente la percepción que se ha generado en el intelecto del juzgador y las razones por las cuales estima que es procedente o no la aplicación de la medida cautelar.”

EL JUEZ DEBE EXPONER LAS RAZONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS POR LAS CUALES ESTÁ CONVENCIDO QUE CONCURRE LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO Y EL PELIGRO DE FUGA O DEMORA

“En la sentencia de las catorce horas con diez minutos del catorce de septiembre de dos mil once dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte

Suprema de Justicia en proceso de inconstitucionalidad referencia 37-2007/45-2007/50-2007/52-2007/74-2007 se refiere: *"...no cabe la imposición automática de la detención provisional y su mantenimiento, únicamente cuando al procesado le es atribuido alguno de los delitos establecidos en el catálogo del art. 331 inc. 2° C.Pr.Pn.".*

En la referida sentencia, lo que se indica es que para imponer la detención provisional, Lo que se le exige al Juez es motivación, es decir, exponer las razones fácticas y jurídicas por las cuales está convencido que concurre la apariencia de buen derecho y el peligro de fuga o demora.

De ahí que no es aceptable que se invoque el contenido de esa disposición como argumento para que no se apliquen medidas sustitutivas a la detención provisional."

CONSIDERACIONES SOBRE LA REGULACIÓN DE LA EXCARCELACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1973

"En lo que concierne al contenido del art. 71 LRARD, su texto indica:

"Los imputados de cualquiera de los delitos a que se refiere esta Ley, no gozarán del beneficio de excarcelación ní de la suspensión condicional de la ejecución de la pena (...)."

Dicha norma hace referencia a la figura de la excarcelación, la cual se regulaba en el derogado Código Procesal Penal de 1973 que estuvo vigente entre 1974 y 1998. En el código procesal penal actual, es inexistente dicha figura.

En el derogado Código Procesal Penal antes mencionado, se regulaba la excarcelación así:

Art. 250 inc. 1: *"La excarcelación del imputado contra quien se hubiere decretado detención provisional procederá, salvo las excepciones que éste Código establece* [indicadas en el art. 251 CPP de 1974], *cuando el delito estuviere sancionado con multa o con pena privativa de libertad que no exceda el límite máximo de tres años de prisión".*

De ahí que la excarcelación establecía -por regla general- la aplicación de medidas distintas a la detención pero limitado a los delitos menos graves; es decir, si se trataba de delitos graves (cuya pena sobrepasa los tres años de prisión), no la misma no procedía.

Sin embargo, en su oportunidad, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia determinó que no podía interpretarse dicha norma de la forma cómo lo hace la parte fiscal en esta oportunidad, es decir, que en casos de delitos relativos a las drogas, la detención provisional debe ser aplicada de forma obligatoria o automática.

La referida Sala, en resolución de las quince horas del día catorce de, febrero de mil novecientos noventa y siete, en sentencia de inconstitucionalidad 15-96 y Ac (Sentencia de proceso de inconstitucionalidad contra la ley transitoria de emergencia contra la delincuencia y el crimen organizado), expuso que esa interpretación es "errónea por no responder a los principios constitucionales que rigen la persecución penal" y que la misma priva al juez *"de la facultad de apreciar si en el caso concreto la medida resulta conveniente y adecuada a los fines*

del proceso" ya que *" la resolución que ordena la detención provisional debe ser motivada, exteriorizar las justificaciones para dictar la medida privativa de libertad, requisito que prácticamente carecería de sentido si ya por precepto legal se contempla la obligatoriedad de la detención provisional.*

Por ende, tampoco resulta razonable que se invoque esa norma como justificación a la imposición de la detención provisional.

Finalmente, en lo que concierne a la "gravedad" del delito, la misma no implica que por concurrir una penalidad superior a los tres años de prisión como pena en abstracto, deba aplicarse siempre la prisión preventiva; la concurrencia de ese elemento requiere considerar cada caso en concreto, puesto que lo contrario es convertir una herramienta procesal en un adelanto de la pena a imponer, lo que equivale a tratar como culpable al procesado cuando aún se discute su .situación jurídica definitiva; por sí misma, la gravedad de la pena no es un indicativo que vuelva imperiosa la aplicación de la medida cautelar de la detención provisional, ya que ello imposibilitaría que se pudiesen otorgar medidas sustitutivas en todos aquéllos casos en que se atribuyan delitos graves."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 011-2019, fecha de la resolución: 21/01/2019

IMPOSIBILIDAD PARA EL ADQUEM REALIZAR UN ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA SALUD DEL PROCESADO, CUANDO NO HA SIDO DISCUTIDO EN PRIMERA INSTANCIA EN SU MOMENTO PROCESAL OPORTUNO

"En este punto la defensa de la señora […] ha expuesto que, la procesada es una persona de la tercera edad, que sufre de diversos problemas de salud, por lo que afirman que "el encierro" podría ocasionarle graves daños, e incluso, la muerte. Para comprobar su situación precaria de salud, han presentado diversos documentos con los que se pretende acreditar dicha circunstancia, los cuales se han anexado en el expediente que este Tribunal ha formado, por haber sido presentados hasta este momento.

Sobre dicho aspecto, esta Cámara considera que, si bien es cierto, tanto los tratados internacionales, como las leyes de El Salvador, y primordialmente la Constitución de la República, es importante proteger la salud de toda persona, dentro de las cuales se encuentran también aquellas que se están privadas de libertad, ya sea por encontrarse en detención provisional por estar tramitándose un proceso en su contra, o aquellas que se encuentran cumpliendo una condena por haberse comprobado su participación en la comisión de alguna conducta delictiva.

De ahí surge la importancia que dentro de la política criminal se establezcan programas específicos o protocolos de actuación para asegurar la salud de aquellas personas que se encuentran privadas de libertad.

Ahora bien, en el presente caso se hace notar que, la defensa técnica de la procesada, en ningún momento planteó ante el Tribunal de Sentencia la existencia de alguna enfermedad de la que adoleciera la procesada, ya que de haber sido así, habría sido posible que la Juzgadora considerara dicha circunstancia al momento de decidir sobre la forma en la señora […] podría cumplir la sanción

impuesta, máxime, cuando se le impuso la detención provisional hasta la vista pública, como consecuencia de haber considerado su participación en la comisión del delito calificado provisionalmente como tráfico ilegal de personas.

Cabe acotar que el único momento en el que se hizo alusión sobre dicha circunstancia fue hasta el día en que se realizó la lectura de la sentencia, la cual se desarrolló a las catorce horas con cinco minutos del once de diciembre de dos mil dieciocho, en donde se manifestó lo siguiente:

"Se deja constancia que la Defensa Particular de la procesada […], manifiestan que su patrocinada ha estado padeciendo de problemas de salud".

No obstante lo acontecido al momento de entregar la sentencia, no implica que haya existido una solicitud previa sobre la salud de la procesada, que haya tenido que ser atendida por la operadora de justicia. Además, se resalta que esta Cámara tampoco puede llevar a cabo algún pronunciamiento sobre dicha cuestión, pues al no haber sido discutido en primera instancia, no se puede aceptar la introducción de ello en segunda instancia, ya que se estaría permitiendo el uso de ello, como un método alternativo de estrategia para buscar la libertad de la señora […].

Con ello, no se pretende establecer que no sea posible alegar la presente circunstancia, sino que la misma deberá realizarse en los Tribunales que se encargan de la ejecución de la sentencia y cumplimiento de la misma, pues son quienes tienen la competencia para verificar dichas situaciones.

Sin embargo, respecto de lo alegado por los defensores, tendrá que advertirse que no es posible acoger su queja, pues como se mencionó anteriormente, se trata de un motivo que surgió hasta esta instancia, sin existir ningún planteamiento previo en la fase de juicio, sino que únicamente se mencionó al momento de llevarse a cabo la entrega de la sentencia."

PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE LA QUE PUEDE SER OBJETO UN CONDENADO SERÁ LA DETENCIÓN PROVISIONAL MIENTRAS LA SENTENCIA NO DEVENGA EN FIRMEZA

Desarrollado que ha sido lo anterior, es posible concluir que, la sentencia impugnada debe ser confirmada en todos sus puntos, a excepción de lo relativo a la responsabilidad civil, lo cual deberá llevarse a cabo una audiencia especial por la Juez […], a efecto de que fundamente dicha decisión, lo cual estará sujeto a control recursivo, posterior a su reposición.

Detención provisional

Previo a desarrollar la parte resolutiva de la presente sentencia, es necesario pronunciarse respecto de la detención provisional que ha venido guardando el señor […] pues de la revisión integral del expediente se advierte que la misma cumplirá dos años de haber sido decretada, en fecha veintidós de mayo del presente año, por lo que es pertinente realizar las siguientes consideraciones:

La jurisprudencia constitucional, en sentencia definitiva de las doce horas con un minuto del veintiocho de octubre de dos mil ocho, en el proceso de Hábeas Corpus HC69-2008; indica que la existencia de una sentencia condenatoria no implica per sé el cumplimiento automático de la pena, pues mientras la misma no se encuentre ejecutoriada el procesado se haya en cumplimiento de medi-

das cautelares; por tanto, la privación de libertad de la que puede ser objeto un condenado será la de detención provisional mientras la sentencia no devenga en firme, dado que es a partir de su firmeza cuando inicia el cumplimiento de la pena y cesa toda medida de naturaleza cautelar.

De ahí que se califique a dicho plazo como improrrogable, en cuanto a que no puede superar en ningún caso los treinta y seis meses reglados en el artículo 8 CPP y no es válida ninguna condición, supuesto o circunstancia para que la detención se dilate en ese período, no importando tampoco las razones por las cuales se llegó al mismo (dilaciones provocadas por la complejidad del caso, la actividad de las partes o del Juez).

Para el presente caso, al imputado […], le fue decretada la detención provisional el veintidós de mayo de dos mil diecisiete por parte del Juzgado de Paz de Apopa.

Con lo anterior, es inminente el vencimiento del plazo de veinticuatro meses, terminación que, en relación a la fecha de emisión de la presente sentencia, la práctica de la notificación a las partes, concurre durante el plazo de su firmeza o de un posible recurso de casación, razón por la cual procede que el sindicado se mantenga en detención provisional, para lo cual de conformidad con lo establecido en el artículo 8 CPP párrafo 3° –en acatamiento a lo que dispone la Sala de lo Constitucional–se prorroga por parte de esta Cámara su detención provisional, por un periodo de un año más."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 25-2019, fecha de la resolución: 21/05/2019

MEDIDA QUE ASEGURA EL PROCEDIMIENTO, SUPONE UNA INJERENCIA MÁS GRAVE EN LA ESFERA DE LIBERTAD INDIVIDUAL

"**CONSIDERANDO 2.-** Con respecto a la **medida cautelar de Detención Provisional,** en el proceso penal tenemos, que es una situación en la que se vería inmerso el imputado, pues se le impone una restricción de sus derechos fundamentales, así como de las garantías constitucionales, en cuanto a la libertad ambulatoria.

Esto es, en consecuencia, de mantener seguridad o eficacia de la persecución de los delitos que guarda cualquier Estado; **la detención provisional** aparece como necesaria, pues no sólo sirve para evitar el posible retardo de la tramitación de los procedimientos en la aplicación de la futura pena, sino también, dado su **carácter asegurativo,** ayuda a la eficacia del procedimiento penal.

En ese sentido, **la detención provisional** es una medida que asegura el procedimiento, supone una injerencia más grave en la esfera de libertad individual; en algunos casos, resulta indispensable para conseguir una administración de justicia eficaz; siendo por ello que las legislaciones la admiten como medida cautelar de naturaleza 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 o impedir una posible obstaculización del procesado en las investigaciones,** con lo cual se evitaría la frustración del proceso.

En un sistema procesal como el vigente, se debe tomar en cuenta que la finalidad de la detención provisional se reduce a asegurar la presencia del imputado dentro del proceso, no es punitiva ni consiste en anticipar un castigo, siendo fundamental que en ningún caso pueda perseguirse con esta, fines punitivos o de cumplimiento anticipado de una pena"

MEDIDA GRAVOSA QUE DEBE IMPONERSE DE MANERA EXCEPCIONAL Y CONFORME AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1.- Es de fundamental importancia advertir, que toda medida cautelar, entre ellas la detención provisional, tiene como exclusiva finalidad **evitar la frustración del proceso,** buscando asegurar la presencia del imputado al juicio y en la ejecución de una posible pena a imponer; por lo que su imposición requiere del análisis de los dos presupuestos establecidos en el Art. 329 CPP, referentes a (i) la apariencia de buen derecho de la comisión del delito, la probable participación del imputado en el mismo -fumus bonis iuris- y (ii) el peligro de fuga -periculum in mora-.

Este Tribunal considera factible señalar 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 la 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 regulados 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.

El objetivo de la privación de libertad como medida precautoria es destinado a asegurar los fines del proceso, así como la efectividad de una probable sentencia condenatoria que en su día se pronuncie o la presencia del encartado durante el desarrollo del proceso.

Tal medida gravosa debe imponerse de **manera excepcional y conforme al principio de proporcionalidad,** en virtud del cual los aplicadores de justicia sólo deben decretar esta medida cuando otras menos rigurosas no les merezcan suficiente confianza como para impedir la fuga del procesado o imposibilitar estos obstaculicen la investigación, mientras sea necesario.

En ese sentido, para la imposición de toda medida cautelar, deben concurrir los presupuestos doctrinarios siguientes: a) el ***fumus boni iuris*** **o apariencia de buen derecho,** según el cual se debe establecer la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente la existencia de un delito, y la probabilidad de participación del imputado; y b) el ***periculum in mora*** **o el peligro de fuga,** 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 inminente 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 el hecho cometido es de mayor gravedad y como consecuencia la posible pena a imponer se vuelve más gravosa, éstos presupuestos se encuentran regulados en el Art. 329 CPP."

CONSIDERACIONES SOBRE PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA SU IMPOSICIÓN

"Además, debemos recordar que la condición natural de todo ser humano es la libertad, **la restricción a su libertad es la excepción no la norma.**

Asimismo en este tipo de resoluciones la Representación Fiscal no puede obviar que debe ser aplicado el **Control de Convencionalidad** (verificar sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 26/IX/2006, Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile) el cual consiste que cuando un Estado ha ratificado un Tratado Internacional -para el caso en estudio, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre Derechos Humanos- sus Juzgadores, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de estos, no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos; esto tiene su amparo constitucional en el Art. 144 Inc. 2 Cn.

En ese orden, el Art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prescribe:

"[...] Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. ***Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio*** *[...]".* ***(Suplido de esta Cámara).***

Y el Art. 9.3 parte final del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre Derechos Humanos, expresa:

"[...] La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo

7.- En ese orden, es factible destacar que la idea de limitar la libertad ambulatoria de un individuo mediante una medida cautelar, nace de la incipiente premisa de que los derechos no son absolutos, de tal suerte que los mismos pueden limitarse de acuerdo a las circunstancias jurídicas a las que se ven sometidos.

En ese orden, **el principio de proporcionalidad** comporta la obligación de que el aplicador de la ley observe y tome en cuenta ciertos presupuestos esenciales para la imposición de la medida más gravosa, con el objeto de no soslayar el **principio de presunción de inocencia** en la aplicación de una especie de pena anticipada, y no la imposición de una medida cautelar *per se.*

Lo anterior se justifica en vista que al ser el incoado, inocente durante la tramitación del proceso, *"deben reducirse al mínimo [entendido cuando sea ne-*

cesario] la imposición de medidas restrictivas de derechos durante la tramitación del proceso penal [...] que éstas se impongan por medio de una ***resolución motivada,*** *en la que queden de manifiesto* ***la finalidad perseguida, esto es la de aseguramiento de los fines del proceso [...]****"* (Resaltado del original) [Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Ref. 145-2008R del 28-X-09].

Siguiendo a la referencia citada, se advierte que para que la medida cautelar a imponer sea *proporcional* al hecho causado, debe principalmente verificarse: **(i)** existan indicios racionales de la comisión del delito; (ii) que la medida cautelar a imponer sea legítima, es decir, que no solo se encuentre constituida en la ley -principio de legalidad- sino que también cumpla el objetivo del estadio procesal en el que se impone, esto es: asegurar la presencia del imputado, no como una medida retributiva, sino como un mecanismo asegurativo de los resultados del proceso; (iii) que la imposición de la medida cautelar a imponer, no desconozca los principios de excepcionalidad, subsidiariedad y necesidad.

Dichos presupuestos informan al principio de proporcionalidad, dotándolo de sentido jurídico aplicable al caso concreto, es por ello que el presente caso, considera esta Cámara que: **(a)** la Representación Fiscal realiza juicios de valor mínimos con respecto a la gravedad del delito -Art. 18 CPP-; **(b) La** Detención Provisional es una medida cautelar previamente prevista en la ley, pero para decretarla se debe tomar en cuenta tanto los aspectos objetivos como subjetivos que rodearon al hecho, y no aplicarla de manera automática, pues con ello, lo que realiza es ver la medida cautelar como pena anticipada, dejando de la lado que las medidas cautelares deben ser mecanismos asegurativos de los resultados del proceso; (iii) Para decretar la Detención Provisional se deben tener en consideración **la excepcionalidad,** en el sentido que la misma sólo puede ordenarse cuando no existan otros medios menos gravosos para la libertad que permitan alcanzar los mismos fines, apartando su uso como una regla general; **subsidiariedad,** se adoptará la medida cautelar de detención provisional siempre y cuando no haya ningún otro mecanismo menos restrictivo *-ultima ratio-;* y **necesidad,** sobre este principio se debe observar si la Detención provisional es la más viable o si por el contrario es factible aplicar una medida sustitutiva, pues su análisis no solo se debe basar en aspectos subjetivos, si no que se debe valorar lo prescrito en los Tratados Internacionales y Jurisprudencia -mencionado *ut supra-; (iv)* Asimismo la Representación Fiscal debe tomar en cuenta que los recintos carcelarios se encuentran saturados de personas privadas de libertad, lo cual provoca un hacinamiento carcelario, según Sentencia de la Sala de lo Constitucional, de Habeas Corpus, bajo referencia 119-2014ac, de fecha 27/V/2016." *Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-38-19, fecha de la resolución: 05/03/2019*

DETERMINACIÓN DE LA PENA

PENALIDAD DE LA COOPERACIÓN EN EL DELITO DE PECULADO

"... Acerca de la penalidad de los cómplices, el legislador a determinado límites diferenciados de sanción para la complicidad en proporción a la autoría,

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

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

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

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

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

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

Además que la condena sobre esos imputados ha adquirido firmeza, debido a no haber presentado apelación oportunamente, juntamente con la condena de los procesados [...].

Después de esa breve reseña, esta Cámara estima que la pena impuesta al autor [...] debe servir como parámetro a efecto e fijar la sanción del señor [...] como cómplice necesario.

SANCIÓN ACORDADA E IMPUESTA ES PROPORCIONAL, TENIENDO EN CUENTA QUE IMPUTADO NO TUVO NINGÚN BENEFICIO PERSONAL

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

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

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

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

IMPOSIBILIDAD DE AUMENTAR LA PENA POR LA PROHIBICIÓN DE REFORMA EN PERJUICIO DEL PROCESADO

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

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

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

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

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

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

En ese orden de ideas, puede decirse que la prohibición de la reforma en perjuicio implica que la autoridad judicial que conoce vía recurso, no tiene más

facultades que las que caben dentro de los límites de los medios de impugnación deducidos, en cuanto que se ven inhibidos de agravar, perjudicar o empeorar objetivamente la situación del recurrente cuando este sea el imputado a su defensor, impidiendo que se prive a este derecho de su finalidad específica de obtener una ventaja o un resultado más favorable." (Proceso de Habeas Corpus 72-2009, sentencia de las doce horas con cincuenta y cuatro minutos del veinte de octubre de dos mil diez).

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

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

CORRESPONDE MANTENER LA PENA IMPUESTA Y ÚNICAMENTE MODIFICAR EL GRADO DE PARTICIPACIÓN ATRIBUIDO AL IMPUTADO

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, debido a la modificación del grado de participación, la pena corresponde bajo la aplicación de la segunda regla el art. 66 CP, esto por existir ya una pena impuesta al autor principal de dicho ilícito penal ([...] – cinco años de prisión por Lavado de Dinero y Activos), siendo que la pena de cómplice necesario no podría exceder de las dos terceras partes de la pena impuesta al ex presidente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: APL-30-2019, fecha de la resolución: 05/07/2019

DOCTRINA

DEBE ADAPTARSE A LA REALIDAD DE CADA SOCIEDAD Y AL CASO CONCRETO QUE SE JUZGA

"Número 16: Si bien es cierto, la doctrina es una fuente del derecho, de la cual se auxilian los juzgadores al momento de pronunciar sus resoluciones, debe indicarse que la misma debe ser vista aplicada de manera mecánica, pues debe adaptarse a la realidad de cada sociedad y al caso concreto que se juzga; es por ello, que muchas veces lo expuesto por los doctrinarios debe verse con especial cuidado al momento de pronunciar una decisión tan importante como lo es la sentencia definitiva, y en el caso de la prueba testimonial, en la cual los testigos ostentan la calidad de agentes policiales, quienes participaron de determinado procedimiento, en el cual se logra la captura de una persona, debe tomarse muy en cuenta, la dinámica en como esta se produce, y que por ello es entendible que muchas veces no se podrá contar con prueba testimonial diferente a la policial y que por ello se deba restar credibilidad probatoria, atendiendo únicamente su calidad de agente de autoridad, pues de aceptar como absoluta dicha tesis, ninguna declaración de miembros de la corporación policial que participen en un procedimiento tendría valor probatorio, lo cual equivaldría a excluirla atendiendo únicamente la condición de agente de autoridad del testigo y no su aptitud probatoria.

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-44-SA-2019, fecha de la resolución: 26/02/2019

DUDA RAZONABLE

CRITERIO DE FUNDAMENTACIÓN

"**x.-** Una sentencia absolutoria que tenga como base lo dispuesto por el Art. 7 CPP (*Principio de Duda*), debe fundarse no en la simple duda sino en una *duda razonada*, es decir, que sea consecuencia de la valoración conjunta de la prueba ofrecida en el dictamen de acusación, admitida en el auto de apertura a juicio y producida en la vista pública pues, solo así podrá tenerse claridad de los motivos por los cuales el sentenciador no adquirió la certeza suficiente para emitir un pronunciamiento condenatorio; premisa que se ve reforzada con lo dispuesto por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, de que la duda, es un estado dubitativo cierto y fundado, que tiene como plataforma un análisis integral de los elementos probatorios, con el cual el Juez cumple con la obligación de exponer los motivos que le generan la duda y lo llevan a aplicar el aludido principio **(**Sala de lo Penal/Sentencias Definitivas, Ref. 265-CAS-2008, de fecha 17-VI-2010**)."** *Cámara de la Segunda Sección del Centro, número de referencia: APEL-134-2019-PN, fecha de la resolución: 19/09/2019*

PARA IMPONER UNA SENTENCIA CONDENATORIA NO DEBE DE EXISTIR DUDA ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE UNA PERSONA

"3ª.) De lo antes transcrito, se puede advertir, que el juez ha expuesto las motivaciones que lo condujeron a determinar la falta responsabilidad penal del imputado, es decir, que no ha sido una sentencia dictada en abstracto, sino que al contrario el juez da razones de hecho y de derecho, por lo tanto, no se puede admitir, que la resolución apelada carezca de fundamentación respecto del análisis de los elementos probatorios acreditados por el ente fiscal en el juicio como lo argumenta el apelante, que expresa una inconformidad sobre la decisión. Se descarta entonces la falta de fundamentación de la sentencia, pues el punto esencial por el cual el juez absolvió al imputado, fueron las contradicciones relativas a las características físicas del imputado y otras circunstancias no coherentes con las pruebas acreditadas, ya que, en primer término, el imputado rindió su declaración indagatoria, la cual valoró el juez en cuanto que expresó las circunstancias por las cuales se encontraba en el lugar de los hechos, aduciendo que la cartera que le encontraron los agentes, se la pusieron, aunque no dijo quién, pero se puede dilucidar como más adelante se verá, por las razones que el indiciado da. Pero al margen de esa situación, el juez apreció y valoró el testimonio de Clave […], quien al proporcionar las características físicas del sujeto que lo intervino y le sustrajo su cartera conteniendo sus documentos de identidad y veinte dólares, lo describe como un sujeto de estatura baja, de uno sesenta y cinco, piel morena, cabello negro, delgado. Mientras que el testigo Clave […], describió al sujeto que sustrajo la cartera a la víctima como un sujeto

de estatura pequeña, de un metro sesenta y cinco, piel morena, coincidiendo ambos en este punto."

"5ª.) Principalmente el juez valoró las contradicciones existentes en el dicho de los testigos […], porque estos hablan de tres sujetos que intervinieron en el robo, pero el agente captor […], dijo que eran cuatro sujetos los que huyeron al notar su presencia, pues señaló que eran entre cuatro a seis los que estaban junto al panel o vehículo, que dos se quedaron y cuatro salieron corriendo; que también el testigo captor aseguró que les habían mostrado a […] a los dos sujetos detenidos para que los identificaran, y dijeron haber sido ellos quienes les robaron; no obstante, la víctima dice que él no vio directamente a los detenidos, sino que el policía le mostró unas fotos, y fue por este medio que identificó a los implicados.

6ª.) La razón le asiste al juez en dudar acerca de la responsabilidad penal del imputado, porque existen contradicciones entre los testigos de cargo que no permiten arribar a un estado de certeza sobre la coautoría del imputado, siendo fundamental para quebrantar el estado de inocencia de una persona la existencia de prueba convincente y coherente entre sí para producir la convicción al juez que con certeza la persona a quien se le atribuye un hecho delictivo es responsable del mismo."

"8ª.) La duda aflora en estas circunstancias, y es que, para imponer una sentencia condenatoria, no debe de existir duda acerca de la responsabilidad criminal de una persona, pues con una condena, se le priva de uno de los derechos humanos más elementales, como es la libertad personal,. La duda que surge luego de la apreciación de los elementos de prueba, debe ser razonable, sustentada en la reglas de la lógica, combinadas con los elementos de prueba, que no le permiten tener al juez certeza de la culpabilidad, con ello el juez resuelve de manera congruente con los principios constitucionales en aplicación de las normas de valoración probatoria de la sana crítica. Y para hacer prevalecer el principio de inocencia, es pertinente aplicar el principio de duda, porque si el juez, de acuerdo a su análisis sobre la prueba acreditada, dudó sobre la autoría y responsabilidad penal del imputado, tenía razones para emplear tal principio ante la falta de certeza acerca de la responsabilidad penal del imputado. Por consiguiente, a juicio de esta Cámara, los vicios de la sentencia denunciados por el apelante, no tienen sustento fáctico ni jurídico, y por ello se desechan, motivo por el cual es procedente confirmar la sentencia recurrida."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 420-SA-2019, fecha de la resolución: 21/02/2019

PROYECCIONES DE LA DUDA RAZONABLE

"Haciendo ver que la **"duda razonable"** es un estadio de conocimiento del juez producto de la inmediación y contradicción de la prueba, **y en la práctica tiene dos proyecciones**, en la primera de las proyecciones "es un mandato para el juez" (para ciertos casos), y en la segunda de las proyecciones es "un motivo de impugnación para una de las partes" (también en ciertos casos).

En el **primer supuesto**, el juez al momento de inmediar la prueba, podrá eventualmente enfrentarse a **determinados casos controversiales**, en donde

hay prueba solida **tanto** para acreditar la acusación, **como** prueba sólida para emitir una absolución, sin que hayan razones objetivas para desconfiar ni de una prueba ni de la otra, **mereciéndole credibilidad toda la prueba al juzgador,** tanto la de cargo como la descargo; así como aquellos casos, que siendo una sola la prueba, el juez le cree y al mismo tiempo no le cree; entonces en ese tipo de casos en el que juez **no logra salir de ese estadio de oscilación cognitiva**, entonces **el juez** está facultado para absolver, esa sería la primera de las proyecciones, y es para el juez.

La segunda de las proyecciones es para aquellos casos, que tal como se indicó anteriormente, **el juez cometió el error** de decir y hacer constar en la sentencia que **hay** una prueba que le genera **duda razonable**, y **aun así condena**; véase que es en éste tipo de casos que la parte agraviada puede construir valida y jurídicamente **un claro "motivo de impugnación y agravio"** en contra de esa sentencia, y probarle a la Cámara que el señor juez dijo que tenía **duda razonable** y aun así condenó, citando el recurrente de ser preferible el párrafo respectivo donde el juez lo dijo, y así sucesivamente ir argumentar que el señor juez incurrió por ejemplo en **una inobservancia** o en una **errónea aplicación** del **art.7 CPP**; pero lo que no puede hacer la parte recurrente es que no siendo ese el escenario, proceda a decir en el recurso que "existe duda" y el argumento que utilice para apoyar ese motivo sea que esa duda es de él como defensor, o sea según su propia apreciación de la prueba, como ha sucedido en el presente caso, para lo cual nos apoyamos en la sentencia de la Sala de lo Penal ya antes citada, bajo Ref. 36-CAS-2014, de fecha 25 de febrero de 2015; por lo que no le asiste la razón en este motivo."

Cámara de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, número de referencia: 248-P-18, fecha de la resolución: 04/01/2019

PROYECCIONES: MANDATO PARA EL JUEZ Y MOTIVO DE IMPUGNACIÓN PARA UNA DE LAS PARTES

"En cuanto a la **duda** a que se refieren los recurrentes, se les hace ver que la **"duda razonable"** es un estadio de conocimiento del juez y **no de las partes,** que surge como producto de la inmediación y contradicción de la prueba, **y en la práctica tiene dos proyecciones**, en la primera de las proyecciones "es un mandato para el juez" (para ciertos casos), y en la segunda de las proyecciones es "un motivo de impugnación para una de las partes" (también en ciertos casos).

En el **primer supuesto**, el juez al momento de inmediar la prueba, podrá eventualmente enfrentarse a **determinados casos controversiales**, en donde hay prueba solida **tanto** para acreditar la acusación, **como** prueba sólida para emitir una absolución, sin que hayan razones objetivas para desconfiar ni de una prueba ni de la otra, **mereciéndole credibilidad toda la prueba al juzgador,** tanto la de cargo como la descargo; así como aquellos casos, que siendo una sola la prueba, el juez le cree y al mismo tiempo no le cree a esa prueba; entonces en ese tipo de casos en el que juez **no logra salir de ese estadio de oscilación cognitiva**, estando facultado **el juez** para absolver, esa sería la primera de las proyecciones, y es para el juez.

La segunda de las proyecciones es para aquellos casos, que tal como se indicó anteriormente, **el juez cometió el error** de decir y hacer constar en la sentencia que **hay** una prueba que le genera **duda razonable**, y **aun así condena**; véase que es en éste tipo de casos que la parte agraviada puede construir valida y jurídicamente **un claro "motivo de impugnación y agravio"** en contra de esa sentencia, y probarle a la Cámara que el señor juez dijo que tenía **duda razonable** y aun así condenó, citando el recurrente de ser preferible el párrafo respectivo donde el juez lo dijo, y así sucesivamente argumentar que el señor juez incurrió por ejemplo en **una inobservancia** o en una **errónea aplicación** del **art. 7 CPP**; pero lo que no puede hacer la parte recurrente, es que no siendo ese el escenario, proceda a decir en el recurso que "existe duda" y el argumento que utilice para apoyar ese motivo sea que esa duda es de él como apelante, o sea según su propia apreciación de la prueba **como ha sucedido en el presente caso.**

Al respecto la **Sala de lo Penal** en sentencia bajo **Ref. 36-CAS-2014**, de fecha 25 de febrero de 2015, analizó lo siguiente: "*Finalmente, véase la improcedencia manifiesta del reclamo, cuando el recurrente concluye que la prueba **no es suficiente** para acreditar los hechos con certeza y que éstas generan **duda** además.... alega una **duda** que surge **de su mente y no del intelecto de los juzgadores** según consta en la sentencia, **pues expone su propia valoración de las pruebas**, y en particular, de la declaración del testigo clave "Griego"; siendo así, no son admisibles sus alegaciones por falta de objetividad; advirtiéndose además, que reincide en omitir la exposición de la solución que propone, deficiencias que no permiten descubrir el agravio como presupuesto necesario para su admisibilidad."* (Lo resaltado es nuestro)."

Cámara de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, número de referencia: 387-P-18, fecha de la resolución: 17/07/2019

EJERCICIO VIOLENTO DEL DERECHO

CONSIDERACIONES RESPECTO A LOS ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS QUE SE DEBEN PRESENTAR PARA QUE LA CONDUCTA PUEDA SER CONSUMADA

"Al respecto, en necesario realizar consideraciones básicas del delito de Ejercicio Violento del Derecho, que se encuentra regulado en el Art. 319 C. Pn. el cual prescribe: "El que con el objeto de ejercer un pretendido derecho cuando podría haber acudido a la autoridad, se valiere de intimidación o violencia contra las personas, será sancionado por denuncia de la persona agraviada, con multa de cien a ciento cincuenta días multa.

El que con el mismo propósito hubiere empleado fuerza sobre las cosas, será sancionado con diez a cincuenta días multa".

De la lectura del artículo citado anteriormente se perciben diversos aspectos, propios de la conducta que se describe, de ahí que para que este delito se realice es necesario identificar que lo que se busca proteger por el tipo penal es la administración de justicia, en virtud que con la acción que abarca el tipo se va

en contra de la autoridad de las decisiones judiciales por medio del abuso del derecho.

El artículo 319 CP, requiere de la existencia de elementos característicos que se deben de presentar para que la conducta pueda ser consumada, dichos elementos son los siguientes:

a. Que el sujeto activo goce de un derecho legítimo que sea parte de su acervo patrimonial intangible y que pueda ejercer en contra del sujeto pasivo.

b. Que ese derecho sea ejercido de manera violenta o fuera de los extremos legales permitidos, en contra de la víctima.

De ahí es posible advertir que la acción consiste en ejercer un derecho, que es propio e incluso es de legal exigencia, pero que se ejerce fuera de las vías legales establecidas para ello; sin embargo, para que dicha conducta se considere típica y con ello, relevante penalmente, debe de emplearse violencia o intimidación contra la persona e incluso contra los bienes."

En cuanto a la intimidación o violencia — como elemento constitutivo del delito—busca como fin último que se cumpla con lo exigido por parte del sujeto activo, sin embargo, se resalta el hecho que se encuentra estrechamente vinculada con la relación previa entre los partícipes de la acción penal, en tanto que se comete para exigir que se cumpla una obligación previa.

La acción de violencia o intimidación no necesariamente debe recaer contra el sujeto pasivo, sino que es posible que recaiga sobre bienes materiales y tangibles, de lo cual se deriva que hay que ser cautelosos en determinar si la violencia empleada sobre los mismos consiste en una sustracción de la esfera patrimonial del sujeto pasivo para una futura apropiación de ellos por parte del sujeto activo, ya que en dicho escenario se tendría que analizar el caso a la luz del amplio universo de delitos regulado por la normativa penal de nuestro sistema.

En cuanto a la acción se hace notar que la comisión es dolosa por su esencia, ya que el conocimiento y la voluntad de exigir un derecho mediante el uso de violencia o intimidación, es palpable desde el momento en el que se desea la realización de una conducta especifica por parte del sujeto pasivo.

La consumación de este delito se presenta desde el momento en el que se emplea algún acto tendiente a intimidar a la víctima para que se realice la conducta deseada por el infractor de la norma, en el sentido que no se convierte en un requisito *sine qua non* que se haya cumplido la conducta exigida, sino que basta que se haya empleado violencia o intimidación contra la persona e incluso sobre bienes para que la conducta se considere consumada y como consecuencia relevante para el análisis minucioso de la aplicación del Derecho Penal.

En otras palabras no se exige que el derecho adquirido por parte del sujeto activo sea satisfecho, solo basta que este exija de manera violenta y fuera de las vías legales establecidas dicho derecho y que de esa forma se haya logrado alguna desmejora en la situación jurídica de la víctima, afectando además la administración de justicia, en virtud que a pesar de existir los medios y vías legales que amparen cualquier derecho u obligación que se incumpla por cualquier persona se opte por buscar hacer justicia de manera propia y personal, desacreditando de esa manera la facultad estatal de coaccionar a aquella persona que incumpla, para que de acuerdo a las leyes efectúe la acción requerida."

2.- De conformidad a lo anteriormente relacionado, este Tribunal entiende que para acreditar el delito del Ejercicio Violento de Derecho se debe de probar que los acusados tiene un derecho legítimo y que puedan ejércelo de manera efectiva en contra de la víctima y segundo que sea ejercido de manera violenta o fuera de los extremos legales permitidos, en contra de la víctima, por lo que esta Cámara verificará si con los elementos probatorios presentados hasta etapa procesal existen indicios a fin de poder acreditar esos extremos."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-20-19, fecha de la resolución: 08/03/2019

ERROR DE PROHIBICIÓN

SE CONFIGURA CUANDO EL SUJETO CREE QUE SU ACTUACIÓN ES JUSTIFICADA AL REALIZAR UNA CONDUCTA ANTIJURÍDICA, SIENDO ESTO EQUIVOCADO

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

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

Lavado de Dinero y de Activos: Sobre este ilícito penal, sustancialmente como fue expuesto previamente en el razonamiento de primera instancia, las investigaciones y elementos de prueba sirvieron de base para el Tribunal de Sentencia a efecto de determinar la responsabilidad penal del señor [...], las actividades que este realizó para el cometimiento del ilícito, pueden resaltarse el pago de tarjetas de crédito de funcionarios de Casa Presidencial, movimientos a favor de [...] y terceros, depósitos en sociedades de publicidad que tenían por finalidad el beneficio económico de GRUPO SAMIX S.A. de C.V., propiedad del ex presidente Saca González, todo lo anterior con dinero sustraído y desviado de cuentas estatales de la Presidencia de la República, evidenciándose un propósito de beneficio económico a favor del ex presidente de la República.

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

"*El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de exclusión de la responsabilidad penal, exime de ésta.*

Si el error fuere vencible, se atenuará la pena en los términos expuestos en el artículo 69 de este Código".

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

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

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

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

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

DIFERENCIAS ENTRE EL ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN

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

La doctrina lo sostiene, en suma:

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

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

Dichas figuras no pretenden bajo ninguna circunstancia blindar la impunidad ni *premiar* a la persona que alega ignorancia de la ley que lógicamente no puede ser beneficiado por tal desconocimiento, por ello debe sostenerse que en caso

de ser un error invencible este excluye la culpabilidad, en caso de ser vencible obtiene una atenuación especial.

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

En particular Zaffaroni sostiene que:

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

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

"[S]*e entiende que el error debe recaer sobre la situación o "hecho" que se realiza, no está sujeta a pena, quiere significar directamente que el sujeto debe creer falsamente que el acto no es punible, lo que puede suceder cuando:* ***a)*** *El sujeto actúa sin saber que lo que ejecuta se encuentra dentro del ámbito prohibitivo de la norma, es decir, ignorando que el hecho está prohibido, o sabiendo que está prohibido, ignora que es punible;* ***b)*** *El sujeto que actúa considera que el Ordenamiento Jurídico le concede un permiso para su actuación; y,* ***c)*** *El sujeto que actúa piensa que está dentro del ámbito de una causa de justificación cuando en realidad no lo está.".*

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

IMPUTADO CARECÍA DE CONOCIMIENTO SOBRE FINALIDAD DE REGLAMENTO CREADO POR EX PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA PARA BENEFICIARSE A SÍ MISMO Y A TERCEROS CON FONDOS ESTATALES

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

Así el *acceso a Información para determinar si la apertura de cuentas bancarias sin autorización para recibir fondos públicos a título de persona natural*

eran permitidas. Según se establece a folio 23, El señor [...], fue contratado en Casa Presidencial en el año mil novecientos noventa y siete desempeñándose como Técnico en la Dirección de Administración Institucional, según acuerdo presidencial número 514 de fecha veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y siete, asignado al cargo desde el siete de agosto de mil novecientos noventa y siete, siendo este bachiller en especialidad de Contabilidad.

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

Además, el Ministerio de Hacienda, exige actualmente y exigía previo al año dos mil cuatro la necesidad de llevar un registro sobre la apertura de cuentas bancarias de cualquier institución estatal, además de ser el encargado de la recaudación, custodia y erogación de fondos públicos de conformidad con el art. 4 ley AFI.

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

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

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

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

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

"*Las unidades financieras institucionales conservarán, en forma debidamente ordenada, todos los documentos, registros, comunicaciones y cualesquiera otros documentos pertinentes a la actividad financiera y que respalde las rendiciones de cuentas e información contable, para los efectos de revisión por las unidades de auditoría interna respectivas y para el cumplimiento de las funciones fiscalizadoras de la Corte de Cuentas de la República. Todos los documentos relativos a una transacción específica serán archivados juntos o correctamente referenciados. La documentación deberá permanecer archivada como mínimo por un período de cinco años y los registros contables durante diez años*".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

También, depositar mensualmente a la Primera Dama de la República [...] diez mil dólares $10,000.00 y el pago de tarjeta de crédito del ex Secretario Técnico de la Presidencia [...], ambos con fondos estatales, además, depositar cantidades millonarias a empresas de publicidad.

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

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

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

El procedimiento de traslado de fondos públicos a cuentas personales, descrito en el inciso que antecede, no hace que los fondos pierdan su origen y su carácter público, sino que se constituye en un mecanismo que posibilita el financiamiento eficaz y expedito de las actividades de inteligencia legítimas y con soporte constitucional y que de hacerse de forma pública, pondrían en peligro la seguridad nacional, las fuentes de información o la integridad del personal y tienen la clasificación de secreto y reservado.

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

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

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

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

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

Ante ello, este Tribunal estima los argumentos de la defensa sobre el desconocimiento del señor [...], es decir dicho que imputado carecía de saber sobre la finalidad que tenía ese reglamento, y el motivo "oculto" de su creación: que

el ex mandatario Elías Antonio Saca fuera beneficiado con fondos estatales y terceros.

PROCESADO DEBÍA EMPLEAR SU DEBER DE DILIGENCIA Y EXPERIENCIA LABORAL AL DISCERNIR QUE SUS ACCIONES CONLLEVARÍAN OBJETIVOS ILÍCITOS

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

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

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

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

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

Otro aspecto que permite abonar a la tesis de ser un error vencible, se da al momento en que el imputado abre sus cuentas personales, agregando al título de estas la leyenda *"[...]/Gastos Operativos de la Presidencia",* en la cual si bien el imputado buscaba separar y diferenciar que los fondos depositados correspondían a casa presidencial, no previó, que esos fondos no podían estar depositados en sus cuentas, en ese sentido, no obro previsiblemente diligente desde un inicio al no permitir que esos fondos llegaran a sus cuentas, por lo tanto su deber objetivo de cuidado no fue el que debía emplear y estar acorde a su cargo, dándose por ello un Error de Prohibición Vencible.

C. Por lo tanto, después de realizar el análisis sobre el error, las acciones realizadas por el señor [...] encajaban bajo el supuesto de error de prohibición vencible, debiendo aplicarse el art. 69 que regula la penalidad del error vencible, al que se aunará la complicidad y el concurso aparente de leyes (consunción)...". *Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: APL-30-2019, fecha de la resolución: 05/07/2019*

ES VIABLE DE SUSCITARSE EN TRES SUPUESTOS CONCRETOS

"3. Así, el Tribunal Primero de Sentencia de ésta ciudad, condenó al imputado [...], a cumplir la pena de cuatro años y ocho meses de prisión, en atención a lo regulado en el artículo 28 y 69 CP., por considerar que el conocimiento y voluntad del imputado se encontraba disminuido, en tanto: […] que la testigo víctima ingresa un elemento sustancial en su testimonio el cual es que le dijo a su novio ser mayor de quince años de edad […] de manera que, sobre la base del art. 28 inciso segundo CP., el error de prohibición existe no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plante la ilicitud de su conducta […]

4. […] Por lo que, al aplicarlo al caso en concreto sí partimos de lo probado por ciento o en los hechos: Sí existía una relación sentimental entre el acusado y la víctima la cual condujo a que en determinado momento la adolescente accediera a tener relaciones sexuales con su novio […] de lo predicado en las líneas precedentes se colige que... hubo error de prohibición por parte del imputado… tomando en cuenta que cualquier ciudadano que se encuentre en las condiciones en que se encontró el imputado, podría caer en el error de creer que tener relaciones sexuales con su novia de trece años de edad es una conducta común y socialmente aceptable por su entorno […].

5. Respecto al artículo 28 CP., la Sala de lo Penal mediante Sentencia 19-CAS-2004, de fecha 21 de septiembre de 2004, ha plasmado: […] Del contenido normativo del Art. 28 CPN, 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 de estos dos últimos) […].

6. Asimismo, en la Casación 240-CAS-2009, de fecha 3 de mayo de 2012, la Sala de lo Penal, sostuvo que el error de prohibición: […] se produce cuando el sujeto que actúa, juzga por error, falso conocimiento o ignorancia, que su conducta no se encuentra sujeta a una sanción penal […], y en la Casación 441-CAS-2009, de fecha 06 de mayo de 2011, dicha Sala dijo: […] La doctrina asevera que en el error de prohibición directo, el autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su hacer; en el error de prohibición indirecto el autor sabe que su hacer está prohibido en general, pero cree que en el concreto se da una causa de justificación que lo permite […].

7. La impetrante plantea como motivo una inobservancia o errónea aplicación de los artículos 28 y 69 CP., sin embargo, confunde en su argumentación el

Error de Tipo tipificado en el artículo 28 inciso 1 CP., con el Error de Prohibición que consideró en la Sentencia el Juez.

8. La apelante manifiesta que del *"cuadro fáctico se desprende la voluntad por el ánimo lascivo del indiciado al momento del acceso carnal"*, dicho en otras palabras y de una manera simple; para la fiscal el imputado actuó dolosamente, es decir, con conocimiento y voluntad de accesar carnalmente a una persona menor de quince años; esa circunstancia en ningún momento ha sido negada por el Sentenciador, puesto que sí para el Juez existiera un error de tipo, es decir, que el imputado no conocía o quiera accesar carnalmente a la víctima, la solución hubiese sido lo de absolverle.

9. En ningún momento el sentenciador está dejando en indefensión a las víctimas, niños, niñas o adolescentes, sino que éste considerando que nos encontramos ante un hecho típico y antijurídico, pero que se ve disminuida la culpabilidad del indiciado, porque el Error de Prohibición no supone un desconocimiento de un elemento descrito en el tipo penal, sino del hecho de estar prohibida su realización.

10. En la concepción tradicional del dolo como "*dolus malus"* el Error de Prohibición excluía también el dolo, porque este no solo requería conocer y querer la situación típica, sino también, que su realización es antijurídica o prohibida. En cambio, en la actualidad podemos separar entre el Error de Tipo, referido al dolo y el de Prohibición, que lo ubicamos en la categoría de la culpabilidad, en donde consideramos a la persona y no al hecho, como lo hizo el Juez Sentenciador, tomando en consideración las circunstancias particulares entre víctima e imputado."

PROCEDE CONFIRMAR LA SENTENCIA CONDENATORIA ANTE LA CORRECTA APLICACIÓN DEL ERROR VENCIBLE EN EL DELITO DE VIOLACIÓN EN MENOR E INCAPAZ

"11. Un Derecho Penal democrático, respetuoso de la dignidad de la persona, Art. 2 CP., demanda que las penas y medidas de seguridad se impongan cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado, situación que ha observado el Juzgador, quien en ningún momento está dejando en impunidad el presente caso, sino que está aplicando la pena que corresponde, puesto que no basta con que se pruebe que el imputado ha actuado típicamente, sino que es fundamental acreditar que este conocía que su actuar era prohibido, puesto que a partir de la relación establecida con la menor de edad, consideró erróneamente que podía tener acceso carnal, por supuesto que esta situación de error era vencible y por ello, es sentenciador no le excluye de responsabilidad penal.

12. El error de prohibición puede ser vencible o invencible, según que haya podido o no evitarse con mayor cuidado, cuando el error es invencible se excluye la culpabilidad, pero en el supuesto de error de prohibición vencible únicamente se atenúa la responsabilidad.

13. El sentenciador en su fundamentación jurídica manifestó que el comportamiento del acusado es evidentemente típico, "que la víctima no ha afirmado que tuvo relaciones sexuales con el imputado, que ella le mintió respecto a la

edad, para que este no la fuera a dejar; pese a esta afirmación de la víctima el Juez concluye que la estructura del tipo es sumamente simple que quede consumado desde la introducción del órgano genital masculino en la vagina", en otro apartado de su fundamentación el Juez afirma que hay dolo de parte del indiciado, por tanto, como podemos apreciar el Juez ha valorado adecuadamente los elementos del tipo, tanto en el ámbito objetivo como en el subjetivo.

14. El error de prohibición vencible lo sustenta el Juzgador en el apartado que analiza la culpabilidad al expresar: […] en el caso concreto hubo un Error de Prohibición por parte del imputado [...], tomando en cuenta que cualquier ciudadano –hombre común promedio y simple- que se encuentre en las condiciones en que se encontró el imputado, podría caer en el error de creer que tener relaciones sexuales con su novia de trece años de edad es una conducta común y socialmente aceptable por su entorno. Entonces, es fácil concluir que al justiciable se le debe aplicar el cometimiento de error de prohibición vencible, atendiendo las circunstancias en los que actuó, no obstante, pudiere evitar el yerro […]

Habiéndose agotado todos los argumentos expresados por la recurrente Licenciada [...], en su recurso de apelación, se afirma que, la sentencia absolutoria no adolece del vicio alegado, por lo que, se vuelve procedente **confirmar la sentencia apelada."**

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-280-SC-2018, fecha de la resolución: 04/01/2019

ESTIPULACIONES PROBATORIAS

ACUERDO ENTRE LAS PARTES PROCESALES SOBRE LA ADMISIÓN Y PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA

"Sobre la figura de las **"estipulaciones probatorias",** es preciso aclarar que es una novedad del código procesal penal vigente, y están previstas en el art. 178 CPP y el mismo regula: *"las partes podrán acordar, total o parcialmente, la admisión y producción de la prueba pericial, documental y mediante objetos, en los términos establecidos en este Código",* es así que las **estipulaciones probatorias** significan que tanto el abogado fiscal como la defensa técnica y material pueden tomar **acuerdos mutuos** para **ACEPTAR** como probados alguno o algunos de los medios de prueba ofrecidos, renunciando a cuestionarla, claro está, exceptuando los que el legislador no incluyó como es por ejemplo "la prueba testimonial"; **el efecto de estipular la prueba** es de SUMA TRASCENDENCIA, pues implica **aceptar los hechos que la prueba acredita** y por ende renunciar a discutir o controvertir esa prueba, que fue ya admitida por el juez instructor, por ejemplo una autopsia que establece que la causa de la muerte es **destrucción de masa encefálica,** y en ese sentido la estrategia de la defensa no será cuestionar la causa de la muerte, ni la cadena de custodia, ni el delito, sino probablemente la autoría del imputado. ello busca concentrar las energías en las pruebas controversiales; ello requerirá que la partes tengan bien claro que es lo que pueden estipular y que no; en **jurisprudencia comparada,** tenemos

que la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, la cual tiene un sistema acusatorio similar al nuestro, sobre las **estipulaciones probatorias,** en sentencia bajo **ref. 41505, sep. 11/13 M:P.** Fernando Castro, consideró lo siguiente: *"la importancia de las estipulaciones radica en evitar la prolongación innecesaria del debate, lo que contribuye a la **celeridad**, el ahorro de instancia y la eficacia del sistema, si existe el consentimiento libre y el entendimiento claro del acusador y la defensa"."*

Cámara de la Cuarta Sección del Centro, número de referencia: 318-P-18, fecha de la resolución: 03/02/2019

CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS, NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LOS INFORMES PERICIALES Y LA POSIBLE SUSCEPTIBILIDAD DE SER ESTIPULADA ENTRE LAS PARTES

"Expresado lo anterior, se hará un enfoque detallado en relación a la prueba pericial, en virtud de lo mencionado anteriormente en cuanto a las partes de las que consta la prueba pericial, siendo la primera – como ya se dijo – el informe pericial, y la segunda, la declaración del perito.

Ahora bien, cuando se trata de un informe pericial, tal y como en el presente caso, la comparecencia del perito no es exigible para que a la misma se le dote de valor probatorio, sino que basta con dicho documento para que el mismo sea considerado como prueba. Sin embargo, en dicho supuesto será necesario que el informe pericial sea incorporado, ya sea mediante la lectura del mismo o por medio de la estipulación de la misma.

En esa sintonía expresa el autor Carlos Climent Durán, en su libro "La prueba penal", en donde expresó lo siguiente:

"[...] en algunos casos justificados, la valorabilidad de la prueba pericial puede prescindir de la comparecencia personal del perito o de los peritos dictaminantes durante el acto del juicio oral, quedando sustituida por la reproducción del informe pericial mediante su lectura durante dicho acto, realizándose así el importante aspecto documental inherente a cualquier informe pericial" (Climent Durán, Carlos; La Prueba Penal, 2da Edición, Tomo I, Editorial Tirant lo Blanch; Valencia, España; Año 2005; página 798)

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, el informe pericial es susceptible de estipulación por las partes, tal y como lo establece el artículo 178 CPP, acordando la incorporación del informe sin que medie su lectura.

En este punto, esta Cámara estima necesario que se analice – de forma detallada – en qué consiste la estipulación probatoria, la cual es una figura procesal que se expone, en el artículo 178 CPP, en donde se manifiesta lo siguiente:

"Las partes podrán acordar, total o parcialmente, la admisión y producción de la prueba pericial, documental y mediante objetos, en los términos establecidos en este código".

Dicha figura – como lo ha sostenido la Sala de lo Penal, tiene como finalidad depurar el juicio de innecesarios debates respecto de hechos o sus circunstancias frente a los que no hay controversia entre las partes, siempre que ello no implique renuncia, los derechos constitucionales.

Además, se ha afirmado lo siguiente:

"[...] en virtud del carácter adversarial del sistema penal acusatorio, el fiscal, como encargado de ejercer la acción penal, y la defensa, pueden celebrar acuerdos con respecto a la acreditación de algunos hechos penalmente relevantes, cuando ya las partes conocen qué es lo pretendido introducir en el juicio como prueba por su contraparte, circunstancia que permite a los tribunales evaluar la pertinencia y conveniencia de un acuerdo de esta naturaleza.

De la citada norma podemos acotar que la estipulación de prueba significa, un acuerdo mediante el cual las partes de manera unánime convienen la admisión o la producción total o parcial de una prueba [...] y lograr un desarrollo más ágil en el juicio, obviando con ello la admisión o producción de pruebas sobre las cuales no existe desacuerdo entre las partes, como podría ser, que no declare el perito responsable de la experticia, el agente captor o investigador que efectuó la captura, registro o decomiso, el autor de un determinado documento, evitar la lectura de un documento sea total o parcialmente, o limitar su incorporación a una breve relación del mismo y su ubicación dentro del expediente judicial; pactar la no exhibición del objeto que se ofreció, entre otras" (Sentencia de Sala de lo Penal, pronunciada a las ocho horas y cinco minutos del seis de marzo de dos mil diecisiete, emitida en el proceso marcado con referencia 382C2016).

No obstante, lo establecido en el anterior precedente no implica que, el hecho de acordar que se incorpore la prueba eludiendo la formalidad establecida por el Código, se tome por cierto el contenido de la misma, vinculando el resultado a una omisión de valoración de la misma, pues no significa que la prueba estipulada se tenga por cierta, sino que únicamente se trata de una convención que permite desarrollar la audiencia con mayor agilidad y rapidez; y una vez incorporada la prueba, se encuentra sujeta a valoración y aplicación de las reglas de la sana crítica, para llegar a una decisión final."

PROCEDE ANULAR CONDENA, ANTE LA INEXISTENCIA DE UNA INCORPORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL MEDIANTE LECTURA Y ANTE LA INEXISTENCIA DE UNA ESTIPULACIÓN DE LA MISMA

"Diferente es el caso que, además del peritaje, se presente la declaración del profesional que tuvo a cargo la elaboración de aquel, entonces dicho testimonio se incorporará por medio de la manifestación verbal que constituyan las explicaciones del profesional que realizó el informe, teniendo la oportunidad la contraparte de controvertir directamente lo dicho por el perito.

Con lo anterior se concluye que, si la prueba pericial que se pretende valorar en el juicio no es incorporada por alguna de las formas explicadas previamente, y aun así la misma es valorada, se estará ante un caso de incorporación ilegal al juicio, encontrándose la misma viciada, por no haber seguido las reglas establecidas en la legislación procesal, de la cual depende la valoración de la misma, pues únicamente si ha mediado una introducción adecuada del plexo probatorio, se podrá continuar con la fase de valoración del mismo, de lo contrario, el análisis que se haga también se encontraría viciado, siendo procedente la anulación de la sentencia; y, en consecuencia, de la audiencia de vista pública.

ii. Desarrollado lo anterior, es imprescindible que se haga una secuencia de lo acontecido respecto de la incorporación probatoria en el presente caso; y es que, tal y como se ha identificado, la queja de la recurrente, reposa en el hecho que el Juez, además de tomar la pericia dactiloscópica únicamente como indicio, advirtió que la misma no había sido estipulada por las partes, con lo cual, la defensora afirma que sobre la base de dicho argumento tampoco hubiera sido posible incorporar el resto de prueba presentada por la representación fiscal, sin embargo, se destaca el hecho que el Juez, únicamente hace referencia a la incorporación de la prueba pericial.

Con base en lo anterior, se concluye que existe una queja expresa respecto de la forma en cómo se introdujo la prueba en el presente caso, específicamente el dictamen pericial.

En ese sentido, esta Cámara ha verificado el expediente respecto de lo referido anteriormente, llevando a cabo las siguientes consideraciones: […].

Ante dichas contradicciones, esta Cámara decide llevar a cabo las siguientes consideraciones.

iii. El hecho de que se haya plasmado en el acta que: "en la audiencia previa a la Audiencia de Vista Pública se acordó por las partes la introducción de la prueba por la sola mención de los folios en donde se encontraba agregada cada una de ella"; aunque se pueda interpretar como la existencia de un acuerdo, no puede ser considerado como tal, pues como se mencionó previamente en la presente resolución, el acuerdo al que se llegue por las partes respecto de la incorporación de la prueba (haciendo referencia a la estipulación probatoria), es un acto que se lleva a cabo en el desarrollo de la vista pública y del que debe quedar constancia como tal en el acta respectiva.

Aunado a lo anterior, se resalta el hecho que el Juez, no obstante haberse expresado sobre la prueba en la sentencia, como que si hubiese sido correctamente admitida, confirma que ella no fue estipulada por las partes, "ni antes, ni durante el desarrollo" de la audiencia, llevando así a la conclusión que no sólo existe una contradicción entre lo escrito en el acta y lo expresado en la sentencia, sino que también implica que, a la prueba no se le aplicó un control adecuado en relación a su incorporación.

En otras palabras, el Juez admite que no hubo ningún acuerdo por las partes para prescindir de las formalidades de la prueba – especialmente la pericial – para su incorporación; y de la lectura del acta de vista pública se obtiene que el único acto realizado para incorporar la prueba fue la lectura del auto de apertura a juicio, lo cual permite interpretar que no ha existido ni incorporación de la prueba mediante lectura (por no constar así en el acta), ni se ha estipulado la misma (por haber sido manifestado de esa manera por el Juzgador), existiendo así el vicio alegado por la recurrente.

Ante tal cuestión, esta Cámara considera procedente anular la sentencia y la audiencia de vista pública, con el objetivo que – mediante la realización de nuevo juicio – se apliquen correctamente las disposiciones relativas a la incorporación de la prueba al juicio, para que la misma pueda proceder a ser valorada por otro Juez, quien no se encuentre con un criterio preestablecido respecto del presente caso.

Ante tal decisión, se afirma que resultaría una actividad dispendiosa por este Tribunal el analizar el otro motivo alegado por la recurrente, respecto de la violación a las reglas de la sana crítica, pues al anular la audiencia, la prueba será analizada nuevamente por el Tribunal que designe la secretaria distribuidora de procesos."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 274-2018, fecha de la resolución: 08/02/2019

IMPLICA ACEPTAR LA PRUEBA Y RENUNCIAR A DISCUTIR O CONTROVERTIR LA MISMA

"En ese orden, es preciso mencionar que la **"Estipulación Probatoria"** regulada en el Art. 178 CPP, establece lo siguiente: *"" Las partes podrán acordar, total o parcialmente, la admisión y producción de la prueba pericial, documental y mediante objetos, en los términos establecidos en este Código",* es así que las **estipulaciones probatorias** significan que tanto el abogado Fiscal como la **defensa técnica** y material pueden tomar **acuerdos mutuos** para **ACEPTAR** como probados alguno o algunos de los medios de prueba ofrecidos, **renunciando a cuestionarla,** claro está, exceptuando los que el legislador no incluyó como es por ejemplo *" la prueba testimonial";* **el efecto de estipular la prueba** es de SUMA TRASCENDENCIA, pues implica **aceptar la prueba acreditada** y por ende **renunciar a discutir o controvertir esa prueba,** que fue ya admitida por el juez instructor, por ejemplo, una autopsia que establece que la causa de la muerte es destrucción de masa encefálica, y en ese sentido la estrategia de la defensa no es cuestionar la causa de la muerte, ni la cadena de custodia, ni el delito, sino la participación del imputado, ello busca concentrar las energías en las pruebas controversiales; ello requerirá que **las partes tengan bien claro que es lo que pueden estipular o no**; en jurisprudencia comparada, tenemos que la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, la cual tiene un sistema acusatorio similar al nuestro, sobre las **estipulaciones probatorias,** en sentencia bajo **Ref. 41505, sep 11/13 M.P.** Fernando Castro, consideró lo siguiente: *"la importancia de las estipulaciones radica en evitar la prolongación innecesaria del debate, lo que contribuye a la* ***celeridad,*** *el ahorro de instancia y la eficacia del sistema, si existe el consentimiento libre y el entendimiento claro del acusador y la defensa".*

Ello es importante señalarlo, pues al momento de redactar los recursos, los apelantes deben ser coherentes en sus argumentos, en el sentido que si la defensa como tal (técnica y material) **estuvieron de acuerdo en ESTIPULAR LA PRUEBA**, ello significa entonces que la consideraban LICITA, VALIDA, y por ende fue **incorporada legalmente** al juicio; pues si alguna de las partes considera que existe alguna ilicitud o irregularidad, **no sería procedente estar estipulando prueba pericial que proviene de un procedimiento ilícito o viciado o que se considera ilegítima;** por lo tanto, de entrada no procede que venga a cuestionar a segunda instancia, una prueba que él mismo decidió estipularla, de lo cual la parte apelante no hace ninguna alusión al respecto. Por lo que, no procede anular la sentencia por este motivo alegado por el recurrente."

Cámara de la Cuarta Sección del Centro, número de referencia: 267-P-18, fecha de la resolución: 15/01/2019

EXCEPCIÓN PERENTORIA DE FALTA DE ACCIÓN

SU EJERCICIO ESTÁ VINCULADO A LA EXISTENCIA DE UNA ACCIÓN PENAL

(iii) En lo que atañe al escrito presentado por los Abogados [...] y [...], como consecuencia de la improcedencia de la pretensión contenida en el escrito firmado por el licenciado [...] como Apoderado Judicial Especial del señor [...], no existe una relación procesal entablada entre este último y la persona en cuya representación actúan, el señor [...].

Esto significa que no se configura el presupuesto esencial para analizar la excepción perentoria de falta de acción, porque esta no fue iniciada legalmente, que es precisamente la existencia de una acción; por lo que cualquier análisis sobre admisibilidad o fondo de su escrito resultaría en un dispendio inoficioso de actividad jurisdiccional."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: APL-378-2019, fecha de la resolución: 19/12/2019

EXCEPCIÓN PERENTORIA

BRINDAN A LA PARTE ACUSADA LA POSIBILIDAD DE OPONERSE E INCLUSO HACER CESAR EL PROCESO PENAL POR RAZONES DISTINTAS A LA DISCUSIÓN DE LOS HECHOS ACUSADOS

"...Delimitados los términos de la apelación, para responder de forma precisa a cada postulado, se desarrollará lo relativo a las excepciones y su operativización dentro del proceso penal (1), luego se explicará la institución de la prescripción (2) a continuación se aplicaran esos conceptos al sub iudice (3).

Seguidamente se emitirá un pronunciamiento respecto del imputado Francisco Guillermo Flores Pérez (4), para luego, desarrollar las líneas que sustentarán el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil originada de las conductas atribuidas a los procesados (5).

1. Las excepciones de previo y especial pronunciamiento se encuentran reguladas a partir del artículo 312 del Código Procesal Penal, mismo que enumera cada una de las excepciones contempladas en nuestra legislación procesal vigente; dicha disposición se expresa así:

"Las partes podrán oponer las siguientes excepciones de previo y especial pronunciamiento:

1) Incompetencia.

2) Falta de acción, porque ésta no se pudo promover, no fue iniciada legalmente o no puede proseguir.

3) Extinción de la acción penal.

4) Cosa juzgada.

Sólo a partir del auto de instrucción y hasta la audiencia preliminar las partes podrán interponer la excepción de incompetencia por razón del territorio.

Si concurren dos o más excepciones, se interpondrán conjuntamente".

De lo anterior es procedente destacar que el Código Procesal Penal es directo en el tratamiento jurídico de las excepciones. Lo anterior desde la perspectiva que los artículos que desarrollan dicha institución jurídica versan únicamente sobre la tramitación de las mismas, razón por la cual esta Cámara se encuentra habilitada para interpretar la norma a aplicar, tomando en cuenta que dicha interpretación surge de la función orientadora de criterios jurisprudenciales por parte de los tribunales de justicia.

Es así como se llega al punto de partida de esta resolución, determinando que las excepciones – que ulteriormente son mecanismos de defensa - son las referidas al objeto sustancial del proceso, es decir, al hecho acusado; esto es, la existencia o comisión del delito, la autoría o participación del imputado, la adecuación típica de la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad.

A partir de ello, se hace referencia a lo desarrollado por este Tribunal de Alzada en el proceso marcado bajo la referencia número 310-2015-7 (2), en donde se trató el tema relativo a las excepciones, que en lo medular expresa:

"De forma general, puede decirse que las excepciones de previo y especial pronunciamiento han sido incluidas en el ordenamiento jurídico como una forma de posibilitar la oposición por parte del demandado ante la pretensión –sea de carácter civil, mercantil, laboral, etc.- ejercida por la parte actora. Su característica principal radica en que su finalidad no consiste en la negación del hecho afirmado por la parte actora, sino el acreditar la existencia de un impedimento fundado en aspectos esenciales de dicha pretensión y que imposibilitan que esta prospere.

Partiendo de la definición anterior y aplicándola a la jurisdicción de orden penal, la finalidad de las excepciones en el proceso penal no es negar la existencia de la incriminación que motivó el ejercicio de la acción penal; sino más bien demostrar la concurrencia de hechos, actos o calidades jurídicas consolidadas que, por estar íntimamente relacionadas con el fondo de la cuestión o ser vicios formales insubsanables, impiden la consecución la incriminación emprendida y la consecuente deducción de responsabilidad penal.

Una definición más acabada sobre la cuestión es proveída por Oscar Urquiaga, quien las conceptualiza como "denuncias de irregularidades en el procedimiento o inexistencia de acción, que tienden a paralizar la actividad procesal o a destruir la eficacia jurídica en base a reglas de fondo o defectos procesales". [GONZALEZ URQUIAGA, Oscar. "Cuestiones Prejudiciales y Previas en el Proceso Penal". Librería Editora Platense, Argentina. Año 1993. Pág. 93]".

La naturaleza de las excepciones viene determinada por el objeto sobre el que recaen, y se pueden ser procesales o de contenido, las primeras recaen sobre el asunto principal que se está tratando, mientras que las segundas versan sobre aspectos eminentemente de sustanciación, razón por la cual se le denominan estrictamente excepciones, mientras que a las anteriores se les conoce como defensas, lo anterior en virtud de tratarse de aspectos de fondo que **podrían modificar sustancialmente el proceso sin tomar en cuenta cada una de las etapas desarrolladas en el proceso**.

Es evidente que la inclusión de este tipo de mecanismos de control del ejercicio de la facultad estatal de punir obedece a la optimización del derecho de

defensa y valor justicia como componentes esenciales de un proceso constitucionalmente configurado; pues brinda a la parte acusada la posibilidad de oponerse e incluso hacer cesar el procesamiento penal de manera extraordinaria y por razones distintas a la discusión de los hechos acusados...".

CLASIFICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES: DILATORIAS Y PERENTORIAS

"... Cabe destacar que en el presente pronunciamiento se hará un enfoque dirigido a la excepción regulada en el numeral 3° del artículo 312 CPP (relativo a la extinción de la acción, específicamente por prescripción), sin embargo, antes de llevar a cabo dicho desarrollo argumentativo, la presente conformación subjetiva de la Cámara considera pertinente destacar que al tomar en cuenta el efecto o la consecuencia jurídica que acarrean las excepciones; las mismas se pueden clasificar de la siguiente forma: a) excepciones perentorias, *y* b) excepciones dilatorias.

a) Las excepciones perentorias son aquellas que atacan cuestiones de contenido, que tendrán como consecuencia jurídica lógica la imposibilidad de continuar la tramitación del proceso penal, por lo que será posible librar de toda responsabilidad penal al imputado.

En ese sentido se encuentra lo establecido por el artículo 317 CPP, que expresa lo siguiente:

"Cuando se admita una excepción perentoria, se sobreseerá definitivamente en el procedimiento y se ordenará la libertad del imputado o la finalización de cualquier medida cautelar".

Por lo tanto, en esos casos es posible declarar de manera directa el sobreseimiento definitivo de acuerdo a las reglas establecidas en el Código, lo cual acarreara la declaratoria de cosa juzgada – o de firmeza – en cuanto a la resolución que resuelva el sobreseimiento, una vez que ésta quede firme.

b) Las excepciones dilatorias, por su parte, son aquellas que se dirigen a cuestiones eminentemente procesales, éstas pueden interponerse para subsanar algún error en la tramitación del proceso, con lo que se cause daño al justiciable, lo anterior sin omitir la existencia de estrategias de litigación temerarias que se adoptan con el único objetivo de retrasar el proceso, pero a pesar de ello, será necesario emitir pronunciamiento judicial al respecto, con el objetivo de respetar el derecho a la protección jurisdiccional que impera en el sistema judicial de nuestro país.

Con respecto a estas excepciones, se pronuncia nuestro Código Procesal Penal, en el artículo 318, que estatuye lo siguiente:

"Cuando se admita una excepción dilatoria, se ordenará la suspensión del procedimiento hasta superar el obstáculo. El juez podrá ordenar la libertad del imputado o la finalización de toda medida cautelar, si fuere procedente, sin perjuicio de declarar la nulidad que corresponda.

El procedimiento continuará cuando se supere el obstáculo para el ejercicio o continuación".

Ahora bien, ante el tratamiento procesal que les otorga nuestra legislación a las excepciones, y con lo descrito anteriormente, se concluye que, en el pre-

sente caso, lo alegado consiste en una excepción perentoria de extinción de la acción penal por prescripción, ya que se alega que las conductas por las que se procesa a los imputados ya se encontraban prescritas al momento en el que se inició el proceso.

Dicho aspecto tendrá que ser resuelto con fundamento en los argumentos que se desarrollarán en el siguiente apartado, lo cual permitirá identificar la forma en la que se tuvo que resolver la presente problemática...".

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 96-2019-5, fecha de la resolución: 05/07/2019

EXPRESIONES DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN

"**CONSIDERANDO 7.-** En ese sentido, al verificarse los hechos por los cuales se dictó auto de apertura a juicio, en fecha 04/XII/2017, se observa en los mismos que estos **dieron inicio en agosto de dos mil doce y concluyeron el diecisiete de agosto de dos mil quince,** contrario a lo que expresó el Tribunal Tercero de Sentencia de esta Ciudad, quien señaló que: *"Ud la relación circunstanciada de los hechos estos se enmarcan que sucedieron en el mes de agosto del año dos mil doce y septiembre del año dos mil trece [...]*".

Advirtiendo que los hechos concluyeron el 17/VIII/2015 -lo cual será acreditado o desvirtuado oportunamente con los elementos probatorios pertinentes- y la presentación del respectivo requerimiento fiscal que con fecha 24/III/2017, se demuestra que solamente habían transcurrido **un año siete meses siete días.**

En ese orden, para que se configure la prescripción de la acción penal, el Art. 32 Inc. 1° No. 2 CPrPn., prescribe:

"[...] Si no se ha iniciado la persecución, la acción penal prescribirá [...]

2) A los tres años en los delitos sancionados sólo con penas no privativas de libertad [...].

En ese orden, para esta Cámara el delito de Expresiones de Violencia contra las Mujeres -Art. 55 Inc. 1° Lit. c) LEIV- no ha prescrito, en el sentido que el último acto delictivo fue realizado el 17/VII/2015, y el requerimiento fiscal fue presentado ante el Juzgado Noveno de Paz de esta Ciudad, el 24/III/2017, no aplicando correctamente el Sentenciador, lo descrito en el Art. 32 Inc. 1° No. 2 CPrPn., para que se tenga por prescrita la acción penal.

En ese sentido, se verifica un quebrando de las reglas previstas para el cómputo de la prescripción de la acción penal, por ello, es dable atender y estimar el motivo impugnado por la Representación Fiscal, y como consecuencia procede REVOCAR el auto de las once horas con treinta minutos del dieciocho de diciembre de dos mil diecisiete, emitido por el Tribunal Tercero de Sentencia de esta Ciudad, por medio del cual decretó SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO, POR EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL -PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL-a favor del incoado RAPV, por la comisión del ilícito penal de EXPRESIONES DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES, previsto y sancionado en el

Art. 55 Inc. 1° Lit. c) LEIV., en perjuicio de la señora LPJM, por ello, como efecto posterior al presente pronunciamiento, el Tribunal Tercero de Sentencia debe continuar con su sustanciación, realizar la Audiencia de Vista Pública, y resolver conforme a derecho corresponda."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-39-19, fecha de la resolución: 14/03/2019

EXTORSIÓN

ANÁLISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE EXTORSIÓN EN LA LEY ESPECIAL

"Por Decreto Legislativo número 953 del veintitrés de marzo del año dos mil quince se da nacimiento a la Ley Especial contra el delito de Extorsión, que se abreviará más adelante LECDE, aplicable perfectamente al caso concreto, y que en su articulado 2 describe y tipifica el DELITO DE EXTORSIÓN de la manera siguiente:

Art. 2 LECDE.- "El que realizare acciones tendientes a obligar o inducir a otro, aun de forma implícita, a hacer, tolerar u omitir un acto o negocio de carácter patrimonial, profesional o económico, independientemente del monto, con el propósito de obtener provecho, utilidad, beneficio o ventaja para sí o para un tercero, será sancionado con prisión de diez a quince años. La extorsión se considerará consumada con independencia de si el acto o negocio a que se refiere el inciso precedente se llevó a cabo y responderán como coautores, tanto el que realice la amenaza o exigencia, como aquéllos que participen en la recolección de dinero personalmente, a través de sus cuentas o transferencias financieras o reciban bienes producto del delito".

El inciso 2° del art. 2 LECDE, expresamente considera consumada la conducta delictiva de forma independiente a que efectúe el acto o negocio jurídico.

La Sala de lo Constitucional, en Sentencia de Inconstitucionalidad de referencia número 30-2016, de las quince horas con cuarenta minutos del día veintisiete de octubre de dos mil diecisiete, estableció una serie de parámetros para lo cual consideró que dicho articulado pese a castigar conductas de ejecución o previa puesta en peligro del bien jurídico tutelado, no violentaba normas y derechos de rango constitucional, y cerraba la posibilidad de la comisión del delito de extorsión de manera tentada, una vez se ejecutaren sus verbos rectores.

La anterior base jurisprudencial se sentó en razón de los motivos siguientes:

En primer lugar, se dejó claro, que el delito de EXTORSIÓN, que regula la actual Regulación Especial, contempla una diversidad de los bienes jurídicos que resultan vulnerados por su comisión. Y es que en su ofensividad se relacionan bienes jurídicos de naturaleza o titularidad individual tales como el patrimonio o la autonomía personal y bienes de naturaleza colectiva como el orden socio-económico. Esto permite afirmar que el delito en análisis también puede ser considerado como un hecho punible de naturaleza socio-económica.

En segundo lugar, la punición de conductas propias de actos de ejecución en el delito de Extorsión atiende a la línea de un Derecho Penal Preventivo que tenga como límite de intervención no únicamente cuando exista lesión del bien jurídico sino también a los momentos antecedentes en los que se vislumbra un peligro para el mismo. Para tales efectos existe la denominada tesis de la anticipación de la tutela penal o criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico, que se caracteriza por criminalizar comportamientos que se encuentran relativamente distantes de la lesión efectiva. Si bien, una punición exacerbada de los ámbitos previos a la ejecución puede implicar un mayor recorte a la libertad general de actuación del ciudadano, en específicos ámbitos puede ser utilizable conforme a la naturaleza de los intereses penalmente protegidos y el grado de peligrosidad manifestado por el agente (o los agentes) con su conducta antijurídica.

La Sala de lo Constitucional en la Sentencia de Inconstitucionalidad referida, señala al respecto que: "Dentro de la legislación salvadoreña, la referida técnica no es novedosa, pues el castigo generalizado que se efectúa de la tentativa es una forma de anticipación art. 24 del Código Penal y, de igual manera, acontece con la sanción referida a los actos de proposición y conspiración en determinados delitos arts. 129-A, 149-A, 214-C del código Penal y art. 52 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas entre otros casos". Y agrega que: "Por otro lado, en aquellos delitos que ostentan la característica de pluriofensividad por afectar diversos bienes jurídicos protegidos el legislador puede establecer su consumación formal con la realización de aquellos actos que reporten un serio menoscabo al sentimiento de seguridad personal de la víctima que es el bien jurídico que inicialmente resulta vulnerado por el delito de extorsión. Y ello puede acaecer, de forma independiente, a la consecución de un posterior resultado material la entrega de dinero, el otorgamiento o suscripción de un documento que produzca efectos jurídicos, el brindar una prestación profesional, etc. o la afectación del sistema económico en general".

En tercer lugar, se debe a que el delito de EXTORSIÓN como una modalidad de crimen organizado, reporta un sustancial grado de lesividad que amerita tenerlo en cuenta -más allá de la agravante comprendida en el numeral 1° del art. 3 LECDE- ya que se trata de un motivo explícito que el legislador ha tenido en cuenta en la confección de la ley especial. La planificación racional y la división del trabajo delictivo suponen un incremento significativo del peligro para los bienes jurídicos protegidos por la nueva redacción del delito de extorsión. Y, por otro lado, la comisión de la extorsión por grupos criminales organizados, supone un debilitamiento de las posibilidades de defensa de las víctimas amenazadas lo que implica de forma correlativa un mayor éxito para quienes planifican y ejecutan cada una de las fases del delito. En otras palabras, tiene mayores posibilidades de éxito la amenaza de un grupo criminal que la realizada por un solo individuo.

Señala la Sala de lo Constitucional en la Sentencia de Inconstitucionalidad citada que: "La reciente modificación jurisprudencial efectuada por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia emitida el 10-VIII-2017 -153-C-2017-en la que caracterizó a la nueva formulación del delio de extorsión

como un "...delito de consumación anticipada o de tendencia interna trascedente, en los que ni el acto pretendido, ni el resultado perseguido respectivamente, es preciso que lleguen a producirse. Por ello, con la nueva estructura típica del delito de Extorsión regulada en la citada ley, el ilícito se considera consumado independientemente de si el acto o negocio se lleva a cabo". En la anterior sentencia la Sala de lo Penal señala: "Puede distinguirse una fase de terminación tras la consumación en aquellos delitos en los que el legislador ha anticipado la consumación (delitos de peligro, de resultado cortado, por ejemplo) y sea posible apreciar todavía relevancia típica a los actos del agente. En estos casos, el autor ejecuta un primer acto y alcanza un primer resultado (el necesario o exigible, para la consumación del tipo), con el propósito no de ejecutar ya un nuevo acto, sino de receptar otro resultado, distinto al ya alcanzado por el primer acto. Como afirma MIR PUIG, en estos delitos la consecución del fin de perjuicio que debe perseguirse no exige necesariamente una segunda actividad del autor, (Véase, MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General, Ed. Reppertor, Barcelona, 2002. P. 224). En ese contexto, resulta válido el razonamiento expuesto por el tribunal de segundo grado al aplicar los Arts. 2 y 3 Nos. 1 y 7 de la Ley Especial Contra el Delito de Extorsión, y no el Art. 24 del Código Penal, como lo ha pretendido el recurrente, en virtud de que en dicha ley especial, como ya se indicó, el delito de Extorsión se considera consumado independientemente de si el acto o negocio se lleva a cabo, es decir, basta con las amenazas ejercidas sobre la víctima con la finalidad de lograr el acto extorsivo; lo cual, como ha quedado demostrado, aconteció en el caso de autos.".

Por último, en el caso del delito de EXTORSIÓN, quien realice la manifestación amenazante es autor directo. Por ello, el primer supuesto del inc. 2° del art. 2 LECDE considera la existencia de la COAUTORIA como grado de participación, cuando el verbo rector es realizado por dos o más personas conforme a un plan preconcebido. La coautoría es una división del trabajo que condiciona la propia posibilidad de efectuar el plan delictivo con éxito o al menos reduce en forma esencial su riesgo de fracaso conforme diversas aportaciones que deben ostentar un alto grado de importancia o esencialidad. Esto, junto con la resolución conjunta de llevarlo a cabo, vuelve a todos los que colaboran co-titulares y responsables del hecho delictivo resuelto y ejecutado.

La Sala de lo Constitucional en sentencia número 142-2015 de las quince horas y cinco minutos del día catorce de enero de dos mil dieciséis, estableció respecto a la coautoría en el delito de Extorsión: "...En la extorsión adquirirán la calidad de coautores todos aquellos que compartan el co-dominio funcional del hecho en su fase de realización -y aún en el ámbito de la consumación material- ya que efectúan aportes que valorativamente pueden ser considerados como esenciales en la medida que formen parte de ese concierto delictivo previamente planificado.". Continua la Sala de lo Constitucional en la Sentencia citada refiriendo: "Tal título de imputación requiere para su aplicación judicial que exista un resolución o acuerdo común que permita hablar de una acción coordinada y que produzca la necesaria imputación reciproca de lo actuado —elemento subjetivo; además de contribuir con un aporte que debe ser considerado como una pieza

esencial del plan general, esto es, que sin esa contribución se frustra el plan criminal elemento objetivo. Si bien este último requisito suele ser considerado importante para la existencia de la coautoría stricto sensu, es factible que el legislador decida flexibilizarlo con relación a las aportaciones realizadas dentro del ámbito consumativo formal o material, siempre y cuando tales acciones incrementen sustancialmente el riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico o contribuyan a motivar al autor en la etapa previa de la preparación a realizar el delito porque puede contar con tales colaboraciones en el trámite del plan trazado. Estas consideraciones son las que ha tenido en cuenta el legislador en la regla de autoría contemplada en el inc. 2° del art. 2 LECDE". Este último argumento es sostenido además por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de referencia número 153-C2017 de las ocho horas y diecisiete minutos del día diez de agosto de dos mil diecisiete.

Finaliza la Sala diciendo: "Empero, en ambos casos debe establecerse judicialmente los presupuestos esenciales supra citados plan común, división de funciones y esencialidad del aporte a fin de evitar castigar como coautoría a quien, sin formar parte del concierto previo, es obligado mediante violencia o amenazas a recoger el dinero o la prestación que se exige a la víctima. Se trataría en estas situaciones, de un -2, aporte escaso que podrían quedar comprendidos dentro de la complicidad (art. 36 C.Pn.). Sin perjuicio, de la existencia de alguna excluyente de responsabilidad penal - que exima o atenúe la pena de quien es coaccionado a colaborar con personas o grupos criminales dedicados a la extorsión (art. 27 o 29 C.Pn.).""

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-1-2019, fecha de la resolución: 18/02/2019

FABRICACIÓN, PORTACIÓN, TENENCIA O COMERCIO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO O EXPLOSIVOS CASEROS O ARTESANALES

IMPROCEDENTE INTERPRETAR LITERALMENTE LA NORMA PENAL QUE SANCIONA LA CONDUCTA DELICTIVA, POR REALIZARSE CON "ARMAS" EN SENTIDO PLURAL Y NO SINGULAR

"**b)** De lo expuesto por el *A quo* la representación Fiscal afirma que, si la redacción del art. 346-A Pn. determina un término plural (respecto a armas de fuego artesanales), entonces serían inútiles los hechos en los que al tenor literal de la norma se desprenda un número singular *(arma,* en lugar de *armas)* pues, según el señor Juez, sigue sustentando el inconforme, éste y todos los hechos producidos en la realidad estarían fuera de la esfera de responsabilidad del actor.

c) En cuanto al fundamento del Sentenciador y que es atacado como punto de agravio por el apelante, advirtió esta Cámara que ciertamente se trata de una incomprensible apreciación subjetiva del *A quo,* que atenta contra la básica regulación normativa de los arts. 19 y 20 del Código Civil, dado que el texto de la ley es claro, así como el sentido natural y obvio lleva a comprender *cualquier núme-*

ro o cantidad, pues no existe cuestión limitativa en ése sentido, para ser delito, no resultando un juicio correcto la conclusión final, por cuanto, bajo ese pretexto, se pasó de soslayo la valoración de prueba con apego a las reglas de la sana crítica, mostrándose grave desconocimiento sobre el tipo penal, por cuanto no se trata de una aplicación analógica o extensiva, puesto que en la redacción de tipos penales existe la - posibilidad de utilizar verbos rectores de manera *neutral.*

d) Así se advierte del propio argumento del señor Juez, cuando dice que *al hacer un análisis sistemático con respecto a los restantes tipos penales considerados en el Capítulo II del Título XVII del Código Penal el único que habla de pluralidad respecto del objeto material del ilícito, es el ahora en comento,* dado que tal aseveración resulta falaz pues, a manera de ejemplo, el art. 346-C del Código Penal se refiere a *una o más minas,* distinto a lo establecido en el art. 346-B Pn. que, si bien es cierto alude en sus tres literales *un arma de fuego,* si se hiciera una errónea interpretación en sentido inverso, alguien que porte más de una, no incurriría en un hecho constitutivo de delito; el operador de justicia no ha tomado en cuenta que sobre circunstancia análoga se pronunció esta Cámara en autoprecendente *N° 178- 2017 -Pn. Cuscatlán,* frente a sentencia proveída por él mismo, donde al igual que el presente caso mostró total displicencia de la disposición legal.

e) Sobre el discutido tema, se trae a cuenta resoluciones pronunciadas por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en Incidentes de Casación Ref. 349 CAS-2005 y 57- CAS-2010, de las 09.45 horas y 09.50 horas respectivamente, ambas del 29-VI-2011, en las que expuso que la dogmática penal como el conjunto ordenado de paráfrasis y concreciones de las leyes penales vigentes, formula indicaciones para la interpretación, respecto al contenido del mandato, en un nivel de abstracción intermedio entre la ley y la decisión del supuesto de hecho, con la diferencia que las manifestaciones de la dogmática están sujetas a la legislación vigente, no así las reglas de interpretación, por lo tanto, cuando se tiene que decidir acerca del contenido del significado de una palabra, se debe acudir al parámetro de las teorías de la interpretación que aseguran la aplicación igualitaria de las leyes, ya que son construcciones de lenguaje y que los jueces están vinculados a ellas.

f) En ese sentido y tratándose de casos análogos, el Tribunal Superior expresó que el planteamiento y valoración realizada en dichos supuestos -tal cual hizo el Juez A quo en el presente-, obedece a una interpretación extremadamente gramatical y literalista, que resulta insuficiente e inadecuada cuando se trata de la aplicación de normas penales, de manera que se debe establecer el sentido y alcance del tenor de la disposición sobre la cual se basa, pues el legislador sanciona las actividades comprendidas en el Capítulo “De los delitos relativos a la Paz Pública”, si se realizan con varias “armas”, en vista que con ello, ha considerado que se transgrede dicho bien jurídico; en efecto, teniendo el objeto sobre el cual recae la acción, la misma naturaleza de “arma”, en el ilícito acusado, también con una sola arma artesanal se violenta el bien jurídico tutelado.

g) En los relacionados precedentes, concluyó la Sala de lo Penal que *el significado de los términos o palabras en el derecho penal, es fundamental para*

la seguridad jurídica de los ciudadanos, como lo tratan de hacer valer los jueces a-quos; sin embargo, al hacer la interpretación lo hacen en forma dispersa y aislada, soslayando aquellos términos que integran la conducta humana, lo que en doctrina se le denomina verbos "rectores" y en el caso que se discute aparecen varias conductas que no necesariamente tienen que ser entendidas en forma plural o singular, como "portare", "tuviere", es así, como la multiplicidad de objetos que sugieren en su interpretación los sentenciadores, no es coherente con las conductas que se sancionan, ni con el bien jurídico tutelado.

h) En cuanto a la inconformidad expuesta por el ente acusador, que al señor Juez de Sentencia no le merecieron entera fe las declaraciones de los testigos *GDJCA y RERB* porque el objeto material incautado lo describieron como *"dos piezas",* lo que consideró discordante con lo expuesto con el perito en balística *JMHC* quien dijo haber tenido a la vista *"un artefacto Compuesto por dos piezas metálicas", "las cuales tienen forma de T",* el apelante afirma que 1a prueba por objetos fue aportada al proceso de manera lícita, pertinente y útil y así debió ser valorada; considera esta Cámara que efectivamente hay un defecto en la sentencia impugnada, de manifiesta *incoherencia,* por cuanto si el hecho era *atípico* no resultaba necesario mayor argumento probatorio, era inútil entrar a la descalificación de los testigos y perito; si el *A quo* tenía duda con respecto *a las dos piezas de metal,* así como lo hizo sobre el alcance del arma, de todos modos hubiera requerido explicación si era una o dos piezas independientes, lo que no ocurrió.

i) A este Tribunal no le queda duda que el objeto encontrado en la esfera de dominio material del imputado *BECM,* es un arma artesanal; los Agentes policiales, conforme a su experiencia en tal calidad, están en condición de identificar ese tipo de artefactos hechizos -cuestión distinta es la pericia que habrá de practicarse a los mismos- por ello es razonable entender que al encontrar el objeto que tenía tales características, inmediatamente la reconocieran como *trabuco,* además, pasó por alto el *A quo* que los miembros de la corporación policial al declarar en vista pública dijeron que hallaron en poder del imputado *dos piezas de metal,* el agente *CA* expresó que encontraron unas piezas de metal conocidas como trabuco y unos cartuchos de escopeta, dos afuera y uno dentro del tubo; por su parte, el agente *RB* dijo que encontró *un arma artesanal conocido como trabuco, se le encontró al sujeto B... tenía tres cartuchos, arma de dos piezas de metal con los cartuchos.* Ambos testigos no refirieron haber encontrado una pieza en un lugar y otra en sitio diferente, aludieron una sola arma, es decir, las dos piezas soldadas, incluso dentro de una de ellas un cartucho; si los Agentes hubieran encontrado las dos piezas tubulares completamente separadas, sin los cartuchos, pudo tener razón el señor Juez de dudar, pero en el supuesto de análisis ello no es sensato.

j) La cuestionada arma, tal como fue encontrada, se remitió a la División de Armas y Explosivos de la Policía Nacional Civil, Delegación de Zacatecoluca, La Paz, donde el Agente *JMHC,* Perito en Funcionamiento de Armas de Fuego, rindió su informe, fs. 14, en el que manifestó que *tuvo a la vista un artefacto compuesto por dos piezas metálicas la cual posee soldado otro tubo metálico*

en forma perpendicular formando una T, con el artefacto metálico realizó dos disparos de prueba sin ninguna dificultad, *donde la primera pieza cumple la función de cañón, recámara y parte del block de cierre, la segunda pieza cumple la función de block de cierre, aguja percutora y empuñadura,* concluyendo en que *el artefacto metálico está en buen estado de funcionamiento y apto para realizar disparos;* el referido perito ratificó la información en vista pública, agregando que esa arma, por su calibre, es escopeta artesanal calibre doce y que a cinco metros más o menos es letal.

k) Agregado a lo anterior, es dable mencionar la resolución proveída por la Cámara de la Cuarta Sección del Centro de la ciudad de Santa Tecla, La Libertad, de las 11.00 horas del 22-X-2014, Ref. 320-P-14, donde condenó directamente al imputado por el mismo delito que se conoce en el caso de mérito, sosteniendo lo siguiente: "...2) En lo que respecta a la sentencia absolutoria dictada a favor del imputado... por los delitos de "FABRICACIÓN, PORTACIÓN, TENENCIA O COMERCIO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO O EXPLOSIVOS CASEROS O ARTESANALES" y, "TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN ILEGAL O IRRESPONSABLE DE ARMAS DE FUEGO", ambos en perjuicio de La Paz Pública... contrario a lo manifestado por el Funcionario Judicial remitente, sí consta en autos la prueba documental pertinente -acta de registro con prevención de allanamiento ...-, la cual, de conformidad a lo regulado en el numeral 1) del Art. 372 Pr.Pn., debió de haber sido valorada en su momento procesal oportuno, para acreditar la culpabilidad y responsabilidad penal de dicho encartado en los delitos mencionados... misma en la que se hace constar, que dicho lugar está constituido de cuatro habitaciones... encontrándose en el interior del cuarto número dos, específicamente en el suelo del mismo, un fusil de pavón deteriorado ... y que además se encontró una escopeta hechiza de dos piezas de tubos metálicos, la cual fue encontrada en el suelo... esto sumado a la prueba pericial por medio de la cual se determinó el buen funcionamiento de las armas de fuego incautadas, es suficiente para tenerse por acreditado el dominio que dicho procesado tenía sobre éstas ...por lo tanto, teniendo en cuenta los elementos probatorios detallados, así como también, en aplicación de la Sana Crítica, el cual es un sistema racional de deducciones, basado en la lógica, experiencia, psicología y el sano entendimiento, es que se considera, por parte de esta Cámara, que se ha logrado destruir de la manera legal correspondiente, la presunción de inocencia establecida a favor del encausado... . considerándose entonces RESPONSABLE y CULPABLE de los delitos de "FABRICACIÓN, PORTACIÓN, TENENCIA O COMERCIO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO O EXPLOSIVOS CASEROS O ARTESANALES" y, "TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN ILEGAL O IRRESPONSABLE DE ARMAS DE FUEGO, en perjuicio de la Paz Pública".

l) El señor Juez de Sentencia consideró que las declaraciones del perito y los testigos eran inconsistentes y contradictorias con respecto a lo declarado por la testigo RIV, prevaleciendo el estado de duda regulado en el art. 7 CPP, absolviendo, pasando por al alto que esta última tenía claro interés de favorecer al imputado, para librar de cualquier incriminación a su hijo -que era la persona contra quien se había desplegado el procedimiento policial- y, en última instancia, a ella misma."

ANULACIÓN DE LA SENTENCIA RECURRIDA POR LA EXISTENCIA DE UNA DISTORSIONADA E ILEGAL INTERPRETACIÓN DEL ART. 346-A DEL CÓDIGO PENAL

"**m)** La conclusión lógica de todo lo expuesto es que el fallo absolutorio cuestionado no se encuentra ajustado a derecho, por cuanto es producto de una distorsionada e ilegal interpretación del art. 346-A Pn., como ya se advirtió, los argumentos que preceden a la decisión resultan totalmente inaceptables dado que, no obstante el señor Juez contó con prueba testimonial, pericial y documental, su fallo obedece no a la valoración de aquélla en su conjunto y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, tal como obligadamente lo dispone el art. 179 CPP, sino a apreciaciones subjetivas, sin sustento racional, que traen como consecuencia directa la anulación de la sentencia recurrida, de conformidad al art. 475 Inc. 2° CPP; consecuencia de lo cual deberá ordenarse el reenvío del proceso para la realización de un nuevo juicio, particularmente para valorar de consuno a los elementos de incriminación la coartada del acusado -que inhibió cualquier posibilidad de condena directa-. Plenario que deberá ser dirigido por Juez distinto al que pronunció la sentencia que hoy se anula, previa convocatoria de las partes técnicas, peritos y testigos que deban intervenir, conforme al dictamen de acusación y ulterior trámite legal."

Cámara de la Segunda Sección del Centro, número de referencia: INC-119-2019-PN, fecha de la resolución: 20/08/2019

FRAUDE PROCESAL

ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

"En primer lugar es preciso decir, que el delito de **Fraude Procesal** está regulado en el **art. 306 del código penal** y dice lo siguiente: "*El que en el curso de un proceso penal o inmediatamente antes de iniciarse,* ***alterare artificiosamente*** *el estado de los lugares* ***o*** *la posición o condición de las personas, de las cosas o de los cadáveres con el fin de engañar en el acto de la inspección* ***o*** *reconstrucción judicial,* ***o*** *suprimiere* ***o alterare en todo o en parte lo que acreditare la realidad*** *o verdad de lo que se pretendiere conocer, investigar o probar, para inducir a error en una actuación o decisión judicial o de la Fiscalía General de la República, será sancionado con prisión de dos a diez años*"

Del análisis de dicho tipo penal, se desprende que los elementos del referido delito para que se acredite el mismo son: **1-**Que ya se haya iniciado un proceso penal, **o en su defecto**, que sea **inmediatamente antes de iniciarse**, acá hay que complementarlo con lo que regula el Libro Segundo del Código Procesal Penal, título I, Capítulo I denominado **Actos iníciales de investigación**, en donde el art. 260 del CPP regula que la investigación iniciara **de oficio**, por denuncia, querella **o aviso**, por lo que según la ley para que se tenga por iniciado basta que se configure ya un aviso **o de oficio la policía actúe; 2**-El segundo requisito es que se **altere** de forma artificiosa la **posición o estado** de las cosas, personas, cadáveres o lugares, basta que se configure **uno de ellos**, siendo por tanto un

tipo penal **alternativo**, la palabra alterar va orientado a cambiar la esencia o forma de una cosa, en otras palabras a **manipular una realidad acaecida**, **que no refleje lo que en verdad es o lo que haya sucedido,** en conexión a su vez con un hacer "artificioso" que no solo consiste en mover del mismo lugar las cosas en posición diferente, sino a desparecer, lo que antes existía, entre otros supuestos y por eso es artificioso, asimismo debe tratarse **de cosas** que pueden ser bienes muebles o inmuebles, personas, cadáveres; **3-** asimismo es un tipo penal que tiene un **FIN,** en el sentido que existe la intención de **engañar** o sea inducir **a error** a una autoridad administrativa **como es la fiscalía quien tiene el deber de investigar,** ya sea en la inspección en el lugar de los hechos cuando el proceso está por iniciar, **o a una autoridad judicial**; o **suprimir** o **alterar** en todo o en parte la referida realidad o verdad de lo que se pretende conocer; en ese orden "suprimir", según el diccionario de la Real Academia española es hacer cesar o hacer desaparecer, en estricto sensu, y en sentido lato, omitir, callar, pasar por alto; usualmente es para evitar que se descubra quien o como se produjo el hecho; **4-** Es un tipo penal DOLOSO y no culposo, lo cual quiere decir que el sujeto activo del delito sabe que lo que está haciendo está prohibido por la ley y aun así tiene la voluntad de hacerlo, pudiendo actuar con dolo directo o con dolo eventual que su propósito es inducir a error al respectivo funcionario.

Es importante señalar que dicho delito según su redacción **es un tipo penal común**, aunque en la práctica puede alegarse que suele cometerse por quien tiene el deber legal de obrar, como por ejemplo un agente de policía.

Asimismo, algún sector de la doctrina considera que este delito de **fraude procesal** es el mismo delito que en legislación comparada lo denominan "estafa procesal", sin perjuicio de reconocer que para otro sector analizan que no es el mismo delito y que hay diferencias con el delito de fraude procesal; pero más allá de ello, lo importante a señalar es que **representa una conducta penalmente relevante** en tanto se busca engañar a una autoridad judicial o administrativa como podría ser el fiscal, quien con base a los elementos de prueba que le presenten (como por ejemplo un acta de captura), debe resolver, y cumplir uno de los valores constitucionales como es el hecho de hacer "justicia", por lo que si las pruebas no reflejan la realidad, tal fin se ve gravemente afectado."

Cámara de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, número de referencia: 248-P-18, fecha de la resolución: 04/01/2019

FUERO

PRIVILEGIO INHERENTE AL CARGO, PROPIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

"En ese orden de ideas, está históricamente justificada la existencia del fuero como privilegio propio de los funcionarios públicos; éste es inherente al cargo desempeñado y no puede atribuirse como una prerrogativa propia de la persona que lo ejerce. Por ende, el fuero en sí no puede predicarse como un derecho fundamental del funcionario como persona, ya que no se origina en una pretensión moral juridificada que desarrolle el reconocimiento de su libertad como ser

humano o su igualdad como valor relacional; sino que se entenderá como un privilegio, una prerrogativa conferida a aquel funcionario debidamente investido y cuyo único cometido es el de mantener las condiciones de un sistema democrático funcional."

EFECTOS PRIMORDIALES DEL MISMO, LO SON LA INMUNIDAD Y LA INVIOLABILIDAD

"Los efectos del fuero son primordialmente dos: la *inmunidad*, que es la garantía de protección personal que proscribe la detención -salvo en caso de flagrante delito- de un funcionario y que impide su procesamiento sin un control que garantice la apoliticidad de la incriminación; y la *inviolabilidad*, que es la prerrogativa por la cual se impide que las opiniones y votos de los funcionarios en el ejercicio de su cargo motiven procedimiento alguno. Su importancia histórica radica entonces en la aportación de mecanismos que permitan mantener un sistema democrático coherente, que dote al funcionario de la libertad y autonomía necesaria para ejercer su cargo."

CONSTITUYE UNA RESERVA DE LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL A FAVOR DE TRIBUNALES SUPERIORES

"Para los efectos que interesan a esta decisión, el fuero puede entenderse como «*la reserva de la competencia jurisdiccional penal a favor de tribunales superiores a los que correspondería por razón de la materia, según la persona que va a ser enjuiciada»* [tomado de la versión en línea del Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española: https://dej.rae.es/lema/fuero-especial]. Como ya se ha dicho, su cometido es servir como garantía que aseguren la profilaxis política de cualquier imputación que pueda surgir contra un funcionario público, específicamente de los enunciados en los términos del título VIII de nuestra Constitución de la República."

CONDICIONES DE PROCESABILIDAD PARA HABILITAR LA INTERVENCIÓN DE FUNCIONARIOS JUDICIALES

"En nuestro medio, el control político previo al procesamiento de los funcionarios especificados en el art. 236 Cn. es ejercido por la Asamblea Legislativa al conocer del antejuicio; y la jurisprudencia ha sido insistente en que su propósito obedece estrictamente a la necesidad de verificar si existe justificación razonable para habilitar la *posterior* intervención del Órgano Judicial en contra de un sujeto que ocupa un cargo público específico [sentencia de Amparo ref. 317-2009 emitida el 8-VI-2012]. Esta habilitación, que es la declaratoria de motivos suficientes para formación de causa, comúnmente es denominada como "desaforo"; no obstante, aún y cuando la persona sea sometida a un proceso penal y cautelarmente suspendida de su cargo, ésta conserva sobre sí una garantía propia del fuero al ser procesada por Tribunales especialmente designados para tales efectos."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: APL-378-2019, fecha de la resolución: 19/12/2019

FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA

CONSIDERACIONES SOBRE LAS REGLAS DEL ENTENDIMIENTO HUMANO

"Con base a lo anterior, la Cámara considera que la fundamentación intelectiva exige que quién juzga valore todos esos medios probatorios que tuvo a su alcance, seleccione los elementos que le sirvan para determinar si los hechos acusados se produjeron o no, si el encartado tuvo participación en los mismos, etc., para lo cual debe emplear las reglas del entendimiento humano, siendo estas, la lógica, la psicología y la experiencia común.

En tal sentido, la LÓGICA se ocupa de examinar los diversos procedimientos teóricos y experimentales que se utilizan del conocimiento científico y de analizar la estructura de la ciencia misma, es decir, estudia los procesos del pensamiento, para descubrir los elementos racionales que los constituyen y las funciones que los enlazan, por lo que está compuesta de diversos principios. Para ello utiliza los principios de identidad, no contradicción, tercero incluido y razón suficiente. Mientras que la EXPERIENCIA, siguiendo a Eduardo Couture, está conformada por aquellas "normas de valor general, independientes del caso específico, pero que extraídas de cuanto ocurre generalmente en múltiples casos, pueden aplicarse en todos los otros casos de la misma especie" (Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3a Edición, Buenos Aires, editorial Depalma, 1993, Pág. 229-230).

Asi mismo, todo juicio debe estar constituido por inferencias razonables deducidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones que en virtud de ellas se vayan determinando, a la vez que de los principios de la psicología y de la experiencia común. Si una de estas reglas resulta violada, el razonamiento no existe; la fundamentación de la sentencia, aunque aparezca como acto escrito no tendrá vida como pensamiento, y desde el punto de vista del sistema procesal vigente, la sentencia será nula por falta de motivación."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-1-2019, fecha de la resolución: 18/02/2019

IDENTIFICACIÓN DEL IMPUTADO

EL ERROR MATERIAL EN EL NOMBRE DEL IMPUTADO SE SOLUCIONA VÍA ACLARACIÓN O ADICIÓN

"Por último, previo a pronunciarse sobre la conclusión del presente caso, es necesario darle respuesta a un argumento de apelación, y es que la defensa aduce que hay "violación" a la Razón Suficiente, pues en la página 13 de la sentencia, no se hace mención de su defendido como partícipe del hecho delictivo, por el contrario se hace mención de -[...]-, de lo cual este Tribunal estima que no puede sostenerse como un vicio a la Inobservancia de las Reglas de la Sana Crítica, sino más bien un error material de ese apartado de la sentencia, pues de la lectura completa puede sostenerse sin equivocación que el Tribunal

Segundo de Sentencia hace referencia al Señor [...], como se ha transcrito y analizado previamente en diferentes apartados de la valoración de los elementos de prueba, asimismo no existe equivocación de dichas pruebas, entre ellas el reconocimiento realizado por la víctima y la declaración de los agentes captores; en ese sentido, está Cámara estima que la vía aplicable para solventar la confusión respecto de ese párrafo debió ser la **aclaración,** regulada en el art. 146 CPP:

"Aclaración y adición

Art. 146.- *Dentro de las veinticuatro horas de la notificación,* ***se podrá aclarar de oficio los términos oscuros, ambiguos o contradictorios*** *en que estén redactadas las resoluciones, o adicionar su contenido si se ha omitido resolver algún punto controvertido en el procedimiento. Será nula la aclaración o adición que implique una modificación sustancial de lo resuelto.*

Las partes podrán solicitar la aclaración o adición en audiencia o dentro de los tres días posteriores a la notificación.

La solicitud de aclaración o adición suspenderá el término para interponer los recursos que procedan."

De modo que la confusión previamente citada, no puede catalogarse como Violación a las Reglas de la Sana Crítica, sin embargo se insta a el Tribunal Segundo de Sentencia de esta ciudad, a tener mayor cuidado y diligencia en la redacción y transcripción de datos de las sentencias, a efecto de prevenir confusión y mantener un estándar alto en su labor judicial.

3. Analizado el motivo de apelación y posteriormente comprobarse la inexistencia del vicio alegado, de conformidad con una de las facultades decisorias de este Tribunal de alzada establecida en el art. 475 inc. 2 CPP, deberá de confirmarse la sentencia condenatoria de catorce horas del veintitrés de noviembre de dos mil dieciocho."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 22-19, fecha de la resolución: 03/04/2019

IMPROCEDENCIA

EL ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD DE LAS PRETENSIONES ESTÁ RESPALDADO POR EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, LO CUAL NO VULNERA EL DERECHO DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL AL NO CONOCER DEL FONDO DEL ASUNTO

"(iv) Como último punto cabe destacar que aún decisiones como la ahora proveída, en las que posterior a un análisis de la pretensión se ha determinado que la solución jurídica al caso no pasa por un análisis de fondo, no son vulneratorias al derecho a la protección jurisdiccional de los derechos o al derecho de acceso a la jurisdicción, art. 2 párr. primero Cn. y 11 Pr. Pn.

De hecho, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido en su jurisprudencia [véase: Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 6-VIII-2008. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] que una decisión judicial debidamente motivada es también aquella en la cual se han evaluado los méritos del medio empleado para acceder a la protección jurisdiccional de un derecho:

"94. Para la Corte el requisito de que la decisión sea razonada, no es equivalente a que haya una análisis sobre el fondo del asunto, estudio que no es imprescindible para determinar la efectividad del recurso. La existencia y aplicación de causales de admisibilidad de un recurso resulta compatible con la Convención Americana y la efectividad del recurso implica que, potencialmente, cuando se cumplan dichos requisitos, el órgano judicial evalúe sus méritos"
Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: APL-378-2019, fecha de la resolución: 19/12/2019

INADMISIBILIDAD DEL INCIDENTE DE RECUSACIÓN

REQUISITOS NORMATIVOS PARA SU ADMISIBILIDAD

"A. Para garantizar la imparcialidad judicial el código procesal penal franquea dos mecanismos, como lo son la excusa y la recusación, que producen como efecto la separación del funcionario judicial del conocimiento de un proceso determinado; a través del primer mecanismo el juez se inhibe de conocer el litigio, y por medio del segundo, se separa del mismo a petición de alguna de las partes.

El incidente de recusación permite el acceso a la Segunda Instancia a solicitud de parte, y así controlar la imparcialidad de los funcionarios jurisdiccionales; sin embargo, este acceso a la segunda instancia no es de carácter automático, pues se encuentra regulada rigurosamente en nuestro ordenamiento jurídico penal, el cual establece principios procesales y límites determinantes subjetivos y objetivos sobre la manera en la que las partes deben interponerla.

Con relación a la recusación, se regula en el Código Procesal Penal cuándo debe procederse, quiénes tienen legitimación activa para ejercer el derecho a recusar a algún juez o magistrado por concurrencia de alguna de las causas legales que, bajo la expresión de impedimentos, señala el art. 66 CPP.

Dentro de los límites establecidos por nuestro Código Procesal Penal, encontramos el de temporalidad, el cual consiste en que la facultad de interponer la recusación se encuentra supeditada a momentos procesales determinados y establecidos específicamente en la ley, limitando con ello la posibilidad de recusar única y exclusivamente dentro del tiempo que expresamente indica la norma.

La interposición de la recusación dentro del plazo habilitado para ello se perfila entonces como un requisito formal, objetivo y obligatorio para el sujeto activo y el incidente mismo, teniendo íntima relación con el principio de preclusión.

Respecto a este requisito tenemos que el art. 70 CPP., bajo el epígrafe "Tiempo y Forma de Recusar", literalmente establece:

"La recusación será interpuesta bajo pena de inadmisibilidad, por escrito que indique los motivos en que se basa y los elementos de prueba, en las oportunidades siguientes:

1) Si se trata del juez de paz, hasta en la audiencia inicial.

Si se trata del juez de instrucción, hasta la conclusión del plazo de instrucción.

Si se trata de un juez de sentencia, dentro de los cinco días después de notificada la fecha de la vista pública.

Si se trata de un magistrado, en el término del emplazamiento del recurso o al deducir el de revisión. En los casos de apelación sin trámite, de inmediato a la interposición o la notificación de la interposición del recurso.

Si se trata de un juez de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena, en la audiencia para resolver una queja o un incidente.

Sin embargo, la recusación que se fundamente en una causa producida o conocida fuera de los plazos señalados, podrá deducirse dentro de las veinticuatro horas contadas a partir del conocimiento" […].

La referida disposición legal determina de forma minuciosa, y con precisión el momento en que debe realizarse la recusación, imponiendo en qué tiempo se hará valer por aquel que así lo pretenda, estableciendo dos supuestos distintos:

- El primero de ellos, si la causa o impedimento se conoce por la parte antes del inicio del proceso, o al tomar conocimiento del juez o magistrado que haya de conocer de aquél, la recusación habrá de intentarse en el tiempo expresamente señalado por la norma, (audiencia inicial, audiencia preliminar, vista pública, etc.).

- El segundo, si el impedimento surge o se conoce tras el transcurso de estos plazos, habrá de formularse la recusación inmediatamente, dentro de las veinticuatro horas a su producción o a su conocimiento.

La regla es que no puede demorarse la interposición de la recusación permitiendo que sucedan los trámites procesales, pues ello atenta al deber de lealtad dentro del proceso, y con la fijación de un momento preclusivo, aun a costa de la imparcialidad, se trata de evitar que el recusante pueda subvertir su finalidad con la tardía alegación de la existencia del impedimento voluntariamente silenciado en el tiempo que la ley otorga para su manifestación."

PLAZO PARA SU INTERPOSICIÓN CONFORME A LO ESTABLECIDO POR EL LEGISLADOR

"Este Tribunal considera necesario hacer una consideración, y es que la representación fiscal tuvo el conocimiento que el juez que conocería del caso sería el licenciado […], lo anterior se deriva en que dicha audiencia fue suspendida dos veces anteriormente por lo que la misma representación fiscal pudo observar quien conocería de la presente cusa y aunado que siempre fue notificada por parte del juzgado octavo de instrucción para que se mostrare en sus instalaciones judiciales para la celebración de dicha audiencia.

Es así que en cuanto al análisis de temporalidad, la aplicación reflejada en el numeral tercero del art. 70 CPP no es aplicable al caso "2) Si se trata de un juez de instrucción, hasta la conclusión del plazo de instrucción;" ya que esta regla es usada únicamente durante los seis meses que dura dicho plazo o si en su defecto hubo prórroga de la misma, pues el legislador ha establecido que es ese el momento —, siendo no aplicable al caso en concreto, puesto que, ya habían existido dos señalamientos de audiencia preliminar, el primero para el veintitrés de noviembre del año dos mil dieciocho y siete de enero del presente año. En consecuencia el plazo para interponer recusación era de veinticuatro horas posteriores a la notificación de la causa producida o conocida […].

En ese sentido, es menester establecer que la fecha de notificación de dicho auto fue realizada a las trece horas con cuarenta y cuatro minutos del veintinueve de octubre de dos mil dieciocho, por lo tanto el plazo de interposición culminaba a las trece horas con cuarenta y cuatro minutos del treinta de octubre de dos mil dieciocho.

Es importante destacar que el plazo a que se refiere el último párrafo del art. 70 CPP., es un término especial, en el cual el legislador ha previsto que la interposición de la recusación no puede demorarse ni mínimamente, pues se trata de un momento preclusivo, buscando evitar que el recusante subvierta su finalidad con una alegación tardía de la existencia del impedimento, sancionado ese silencio de su manifestación con la inadmisibilidad.

En ese orden de ideas, la disposición es clara en torno a que son veinticuatro horas las que otorga para interponer la recusación, las cuales se contabilizan de forma continua.

Y es que debe señalarse que en el código procesal penal hay disposiciones que otorgan plazos de "días" para llevar a cabo alguna actividad procesal, y hay otras en que se dispone que son horas. En el primer caso, se contabilizan de forma "hábil", conforme al art. 168 CPP, que bajo el acápite "Cómputo", dispone:

"En cualquier etapa del proceso, en los términos por día no se contarán los de asueto, descanso semanal ni los días inhábiles" […].

Ese no es el caso cuando se trata de plazos de horas. Si la disposición señala que son doce, veinticuatro, cuarenta y ocho, etc., se contabilizarán de forma continua, incluso si estas son parte de días inhábiles, asuetos o de descanso semanal. Ejemplo por excelencia de ello es el plazo de la detención administrativa y el de la detención por el término de inquirir (arts. 13 Cn., 324 y 328 CPP.), cuyos máximos están fijados en setenta y dos horas, que bajo ningún contexto pueden ser equiparadas a tres días por más que la sumatoria de horas de ese resultado.

De ahí que queda evidenciado que los plazos señalados en horas se contabilizan de forma continua, a diferencia de cuando se trata de días, que se contabilizan de la forma que se refiere el art. 168 CPP."

PROCEDE DECRETARLA CUANDO NO SE HA CUMPLIDO CON LOS REQUISITOS DE TEMPORALIDAD

"De lo anterior se establece que, la presentación de la recusación fue a las quince horas con cuarenta y cuatro minutos del treinta de enero de dos mil diecinueve, aproximadamente cinco días después del vencimiento del plazo, de conformidad con el art. 70 Inc. Final CPP.

Por lo anterior, la recusación presentada por la representación fiscal, no ha cumplido con el requisito de temporalidad de la recusación, al haberse interpuesto extemporáneamente la misma. Su consecuencia es la de ser inadmisible.

iv. Conclusión

Después de haberse incumplido el requisito mínimo de temporalidad en base al art. 70 Inc. Final CPP, lo que procede como una de las facultades otorgadas a los Tribunales superiores del conocimiento del trámite de la recusación y

excusas de conformidad con el art. 68CPP, es declarar inadmisible el escrito de recusación presentado por la representación fiscal […]."
Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 49-2019, fecha de la resolución: 12/02/2019

INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA ECONÓMICA

ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE CONFIGURACIÓN DEL TIPO PENAL

"Ahora bien, véase que el delito de Incumplimiento a los Deberes de Asistencia Económica, previsto y sancionado en el art. 201 Inc. I del código penal, derogado, pero aplicable al caso que nos ocupa regula: "*Toda persona sujeta al pago de la obligación alimenticia en virtud de* ***sentencia definitiva ejecutoriada,*** *resolución de la Procuraduría General de la República, convenio celebrado ante ésta o fuera de ella, que deliberadamente la incumpliera, será sancionada de veinticuatro a cuarenta y ocho fines de semana de arresto".*

Del análisis de los requisitos de este tipo penal, y **adecuándolo al caso**, se desprende que para que se configure el mismo se necesita tomar en cuenta:

1- Que debe de existir una **resolución firme** que **ordena** al obligado **el pago o abono de una cuota a un hijo**, partiendo de la premisa que dicho juez de familia y no el juez penal ponderó el **"mínimo vital";2- La** conducta del sujeto activo consiste en una serie de omisiones de pago escalonadas, **total o parcial;3-** que el sujeto activo del delito a**ctúe con dolo** directo o dolo eventual, partiendo de la premisa que **conoce la sentencia del juez de familia y de la cuantía o monto exacto que debe pagar en un período determinado,** por eso el tipo penal dice "deliberadamente", **no siendo un delito culposo**, **4- Es** un delito **permanente**, en el que la consumación se mantiene en el tiempo; **5- Es** un delito de **omisión propia** del obligado al pago, (no comisión por omisión, pues estos son producto de una construcción judicial, en el sentido que se produce un resultado cuando la persona que tiene posición de garante dejó de obrar); y **6- Es** un delito de **mera actividad,** ya que según la descripción típica no se necesita que se produzca un resultado."

CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE EL PAGO DE LA CUOTA ALIMENTICIA

"Lo anterior se encuentra sustentado por medio de la Sentencia del **Tribunal Supremo español, STS en ref. Número 185/2001, de fecha 13 de febrero de 2001**, en la cual se dice: "*el hecho mismo de que se haya establecido judicialmente y se mantenga su importe permite inicialmente* ***inferir de manera razonable*** *la posibilidad de pago por el deudor y por lo mismo la voluntariedad de su omisión. Ahora bien, esto no obsta la posibilidad* ***de que por el acusado se pruebe*** *la concurrencia de circunstancias que hayan hecho imposible el pago, acreditándose así la ausencia de dolo en el impago de la prestación debida".*

De igual manera tenemos otra sentencia **bajo Ref. 162/2012 de la A.P. de Valencia, España**, en la que también se dijo: "no puede compartirse la funda-

mentación de la sentencia apelada que llega a un pronunciamiento absolutorio por entender que en caso de **impago parcial de la pensión de alimentos** nunca podrá apreciarse la comisión del delito..., por el contrario, la sentencia del tribunal supremo de fecha 13-2 -2001, número 185/2001, señala que "**en los casos de cumplimiento parcial** del débito económico debe rechazarse cualquier formal automatismo que convierta en acción típica **todo lo que no sea un íntegro y total cumplimiento de la prestación económica.** La antijuridicidad material de la conducta -y no solo la antijuridicidad formal de su subsunción típica- exige la sustancial lesión del bien jurídico protegido, de ahí que ni todo abono parcial de la deuda conduce a la atipicidad de la conducta, ni ésta se convierte en delictiva cuando lo insatisfecho es de tan escasa importancia en relación con lo pagado que resulta irrelevante para integrar el delito ... tal cuestión habrá de determinarse en caso concreto en función de las circunstancias concurrentes""
Cámara de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, número de referencia: 397-P-18, fecha de la resolución: 26/04/2019

INDEPENDENCIA JUDICIAL

LAS RESOLUCIONES CONSTITUYEN EL INSTRUMENTO JURÍDICO POR MEDIO DEL CUAL LOS JUZGADORES DAN LAS RAZONES DE HECHO Y DE DERECHO QUE JUSTIFICAN SU ACTUAR

"5.1) Una circunstancia que no puede pasar desapercibida en el presente pronunciamiento, es lo sucedido en el contexto social a partir del día treinta y uno de octubre del presente año, fecha en la cual se dio a conocer de forma verbal la resolución de la presente causa.

5.2) Los suscritos han podido apreciar una marcada tendencia de organizaciones sociales e individuos a mostrar su inconformidad con la decisión, pese a carecer de los fundamentos fácticos y jurídicos de acuerdo a los cuales se encuentra fundamentada. Más grave resulta cuando estos actos de reclamo, desinformados, por no contar con la decisión escrita, provienen de dependencias estatales, como el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia (CONNA), por medio del comunicado de fecha uno de los corrientes.

5.3) Así también lo hizo el ciudadano presidente de la República, […], por medio de su cuenta en la red social Twitter, a través de una publicación en la cual de forma completamente impropia calificó como burla al Estado de Derecho, la decisión tomada por este Tribunal. De igual forma lo han hecho otros funcionarios adscritos al Órgano Ejecutivo, quienes han calificado como "vergüenza" la resolución de este Tribunal. De igual forma se han pronunciado de manera peyorativa y con completo desconocimiento de la causa funcionarios judiciales y diputados.

5.4) Cabe señalar que por parte de varios funcionaros públicos se ha llegado a extremo de pretender anteponer cuerpos normativos de carácter internacional sobre la ley penal. Si bien el Art. 144 Cn., establece la regla de interpretación para solucionar conflictos o controversias entre el derecho interno y el interna-

cional, para la aplicación al caso concreto; esta regla encuentra su excepción, como ya se hizo ver *supra*, en el *principio de legalidad penal*, de modo tal que una conducta sólo puede ser calificada como delito por parte del legislador.

5.5) Es importante destacar que, ni aún bajo la aplicación del Principio de Interés Superior de la Niña, como de forma bastante irresponsable se ha mencionado por el colectivo social, podría haberse dado a la conducta imputada la calidad de constitutiva de delito, pues la finalidad del principio no es la de servir como habilitador a los Juzgadores para que puedan elevar a la categoría de delitos, conductas que han sido tipificadas por el legislador como constitutivas de falta.

5.6) En todo caso, la inobservancia del Principio de Interés Superior de la Niña, es atribuible al Órgano Legislativo, quien como se ha podido evidenciar, ha incurrido en una defectuosa determinación de los Tipos Penales, por lo que lejos de que los integrantes del Órgano Legislativo formulen pronunciamientos públicos a través de sus cuentas en redes sociales, el actuar correspondiente debería ser, primero, esperar a contar con el cuerpo de la presente resolución para imponerse de forma adecuada de los hechos acusados y de las razones de hecho y de derecho que justifican la resolución; y, segundo, someter a discusión en la forma que prescribe el Derecho la necesidad del proceso de reforma en caso de estimarse necesario.

5.7) Esta Cámara estima necesario señalar que el verdadero debilitamiento del Estado Constitucional de Derecho se produce en el momento en que otros Funcionarios Públicos, descalifican las actuaciones de los funcionarios del otros Órganos. Más aún, cuando estos pronunciamientos se realizan con absoluto desconocimiento de las condiciones de hecho que se encuentran involucradas en la causa; y, en el peor de los casos cuando los comentarios despectivos en contra de los suscritos Magistrados provienen de personas sin formación en ciencias jurídicas."

LA IMPARCIALIDAD PUEDE SER CONTROLADA POR MEDIO DE LOS MECANISMOS RECURSIVOS PERTINENTES, Y NO POR MEDIO DE PRESIONES DE CARÁCTER POLÍTICO O SOCIAL

"5.8) Este Tribunal reconoce que en una sociedad democrática, debe reconocerse, respetarse y protegerse el derecho de las agrupaciones sociales y de las personas individuales, a disentir de éste o cualquier otro Tribunal de la República, siempre que el pronunciamiento se haga en el marco del respeto a la persona como al cargo que se ejerce.

5.9) Pero, tratándose de Funcionarios del Estado, es importante que estos señalamientos se vean limitados, pues se encuentran muy cerca de representar presiones indebidas para el ejercicio de la actividad judicial.

5.10) El proceso penal cuenta con el sistema de controles para las decisiones judiciales que se ejercen a través de los medios de impugnación correspondientes establecidos en la ley. Serán pues las partes procesales, quienes se encarguen de traducir su inconformidad a través de los mecanismos recursivos pertinentes; y no, como suele hacerse, a través de las redes sociales, pues éstas

en nada inciden en el proceso; y lo que sí se produce es una reacción de desprestigio y un discurso que incita a la realización de actividades intimidatorias.

5.11) Debe dejarse claro a la Sociedad Salvadoreña, destinataria de la presente resolución, que los Principios de Derecho de Audiencia, de Defensa, de Presunción de Inocencia y de Imparcialidad e Independencia Judicial, constituyen los pilares fundamentales del Proceso Penal, debiendo ser respetados no sólo por quienes intervienen en el proceso, sino por la sociedad en su conjunto.

5.12) La imparcialidad como característica de los funcionarios judiciales, no representa un derecho de los jueces; sino, al contrario, es una garantía que opera en favor de las partes materiales -sean víctimas o imputados-, a quienes debe proporcionárseles la certeza, que los jueces encargados de decidir del caso no serán sometidos a presiones de carácter político o social, ya que ello les separaría de su deber de imparcialidad.

5.13) Por lo antes expuesto, es necesario recalcar el criterio de tribunales regionales en materia de derechos humanos, para quienes la independencia de la judicatura debe entenderse como la ausencia de interferencias inadecuadas en los asuntos judiciales [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Apitz Barbera y Otros Vs. Venezuela, de fecha 05/08/2008. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Piersack Vs. Bélgica, 01/10/1982].

5.14) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado en el sentido que: "[...] La Corte ha reiterado numerosas veces la importancia que posee la libertad de expresión en una sociedad democrática, especialmente aquella referida a asuntos de interés público. Con todo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y puede estar sujeta a restricciones, en particular cuando interfiere con otros derechos garantizados por la Convención. Por lo anterior, no sólo es legítimo sino que en ciertas ocasiones es un deber de las autoridades estatales pronunciarse sobre cuestiones de interés público. Sin embargo, al hacerlo están sometidas a ciertas limitaciones en cuanto a constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones, y deberían hacerlo con una diligencia aún mayor a la empleada por lo particulares, en atención al alto grado de credibilidad de la que gozan y en aras de evitar que los ciudadanos reciban una visión manipulada de los hechos. Además, deben tener en cuenta que en tanto funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden llegar a desconocer dichos derechos. Del mismo modo, los funcionarios públicos, en especial las más altas autoridades de Gobierno, deben ser particularmente cuidadosos en orden a que sus declaraciones públicas no constituyan una forma de injerencia o presión lesiva a la independencia judicial o puedan inducir o sugerir acciones por parte de otra autoridades que vulneren la independencia o afecten la libertad del juzgador [...]". [Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de fecha 05/08/2008. Párr. 138].

5.15) Este apartado en la presente resolución se considera necesario por el potencial efecto extensivo que podría producir en otros funcionarios judiciales, que podrían verse ante el deber de someter a su conocimientos casos, sean

éstos de carácter penal o no, que por su naturaleza, contenido o personas implicadas sea expuestos a un alto nivel de contenido mediático, generándose presiones indebidas hacia éstos y poniéndose en riesgo la imparcialidad judicial por temores lógicos a las reacciones sociales, más cuando éstas son alentadas y promovidas por otros funcionarios estatales."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 75-ANTEJ-2019, fecha de la resolución: 05/11/2019

INDUCCIÓN, PROMOCIÓN Y FAVORECIMIENTO DE ACTOS SEXUALES O ERÓTICOS

CONSIDERACIONES CONFIGURATIVAS DE LA CONDUCTA TÍPICA

"**8.** El delito de **Inducción, Promoción y Favorecimiento de Actos Sexuales o Eróticos,** está regulado en el Art. 169 inciso 1 que dice: *el que promoviere, facilitare, administrare, financiare, instigare u organizare de cualquier forma la utilización de personas menores de dieciocho años en actos sexuales o eróticos, de manera individual u organizada, de forma pública o privada, será sancionado con pena de tres a ocho años de prisión*. Dicho tipo penal tiene como finalidad proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de menores de dieciocho años, quienes no se encuentran capacitados legalmente para poder tomar la decisión de tener una pareja sexual, debido a su condición psicológica: por no tener la madurez suficiente para poder afrontar las implicaciones que cualquier actividad sexual conlleve, no solo nos referimos a encuentros sexuales que involucre penetraciones, sino, otras conductas de contenido sexual, y en cuanto a su condición fisiológica: se desenvuelve en atención del desarrollo físico de cada persona, el cuerpo puede estar desarrollado incluso a tempranas edades, las niñas ya pueden mostrar atributos físicos de una señorita pero aún no lo es, así, la combinación de ambas condiciones son las que inhabilitan a menores de edad, para que tomen decisiones de éste tipo, es por ello, que se protege como bien jurídico esa capacidad de decisión.

9. En cuanto al sujeto activo y pasivo, el legislador no ha hecho distinción alguna, puede ser un sujeto del sexo femenino o masculino, la distinción radica en que el sujeto pasivo, debe ser menor de dieciocho años de edad, para figurar como víctima en el delito que se analiza. En cuanto al sujeto activo, este debe realizar cualquiera de las conductas descritas en el tipo penal, siendo: **[a] promover:** que significa iniciar, incitar, invitar, **[b] facilitar:** consiste en remover los obstáculos para la realización de determinado acto, es decir, asegurando las condiciones suficientes para que el delito se cometa, **[c] administrar:** realizar actos mediante los cuales se orienta el aprovechamiento de recursos materiales, humanos, financieros y técnicos de una organización hacía el cumplimiento de objetivos, **[f] financiar:** es la acción y efecto de financiar, es decir, aportar dinero para una empresa o proyecto, sufragar los gastos de una obra o actividad, o sea, aportar dinero y recursos para la adquisición de bienes o servicios, **[g] instigar:** está definido en el artículo 35 CP, que dice: *Se consideran instigadores los que*

dolosamente hubieren determinado a otro a cometer el delito, es decir, llevar al sujeto pasivo a la realización de la conducta descrita, **[h] organizar:** significa preparar una cosa pensando detenidamente en todos los detalles para su buen desarrollo.

10. Uno de esos verbos o en su conjunto, deben ser acreditados como parte de la conducta hecha por el sujeto activo, es decir, *promoviere, facilitare, administrare, financiare, instigare u organizare de cualquier forma la utilización de personas menores de dieciocho años en actos sexuales o eróticos*, cabe definir en qué consisten los actos sexuales o eróticos, ya que, si se verifica la ubicación de este delito, en el Código Penal, se encuentra en el Capítulo III, nombrado "otros ataques a la libertad sexual" son delitos residuales, que si afectan el bien jurídico protegido pero no es lo mismo hablar de Agresión Sexual, que del delito que nos ocupa.

11. Así, **acto sexual**: es una acción con sentido lascivo que se ejerce sobre un sujeto pasivo, el cual podría ser desde un roce, frotamiento o caricia, y un **acto erótico:** está relacionado con la sensualidad, sexualidad y con las capacidades de atracción entre los seres humanos, un ejemplo de ello podría ser bailes eróticos, fotografías con contenido explicito pornográfico de persona menor de dieciocho años, etc., la diferencia es el contacto físico, por ejemplo: un baile puede ser un acto erótico, pero si ya la persona que lo está observando toca a la menor, ya sería un acto sexual, que dependiendo de la forma en cómo se realice dicho tocamiento podría encajar en otro tipo penal más gravoso que este, lo que no es tema de discusión en este momento."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-403-SC-2018, fecha de la resolución: 14/01/2019

ITER CRIMINIS

IDEACIÓN, DESARROLLO Y CONCRECIÓN DEL DELITO

"**Número 40.** Cabe señalar que dentro del *iter criminis* concepto construido con base a la ideación, desarrollo y concreción del delito, se establecen diversas fases desde el surgimiento de la idea criminal, de ahí que su inicio es la fase interna la cual está compuesta por la ideación, deliberación y resolución criminal cuando en el sujeto activo cruza en su mente en el caso del homicidio el querer matar a una persona, esa fase está sumergida en la esfera psíquica e íntima del autor, por ende en un sistema penal-democrático no procede que el Estado invada esa esfera por el nivel de subjetividad peligroso en el que se ingresaría; el interés penal surge cuando se traspasa de la fase interna a acciones externas, allí ya comienza la fase de ejecución que tiene toda una trayectoria compuesta por los actos preparatorios, amplificadores del tipo penal como la tentativa y desde luego la consumación del delito; bajo esa perspectiva los actos preparatorios como se ha indicado constituyen una coautoría adelantada, sin comenzar a ejecutar ningún verbo rector del tipo penal planificado cometer, de ahí cobra razón el adelantar la barrera de protección, en casos concretos esto en virtud

de la peligrosidad que representa la construcción de actos de mayor idoneidad y exteriorización para que eventualmente se ejecute el acto, estando en riesgo el bien jurídico protegido, en este caso el valor de la vida. Sin embargo, entre la fase interna y la fase externa, la doctrina identifica que en ocasiones se da una fase intermedia que por regla general es impune, en la cual se da una resolución manifestada, que se expresa en la proposición y conspiración.

Número 41. A efecto, de una mayor comprensión de la falencia detectada, es preciso abordar el tema de la -*PROPOSICIÓN*- al respecto hay que expresar, que el *"proponer"* la realización de un delito, en este caso según nuestro legislador, la propuesta del homicidio agravado se configura como un delito autónomo, que por regla general no es punible, salvo las expresamente reguladas en los códigos penales, y esto sucede en el marco posterior a la resolución de terminar con la vida de una persona con una cualificación que amplifica la sanción penal, pues con base a nuestra legislación penal, la proposición se reprocha en relación al homicidio agravado, de conformidad al art. 129-A.

Número 42. De ahí que, dentro de la fase intermedia entre la fase interna y la externa, antes de la ejecución del delito, la proposición y conspiración puedan llevarse a cabo: cuando el que ha resuelto cometer un delito, el sujeto invita a otra u otras personas a ejecutarlo. Se trataría de coautoría intentada, en tanto y en cuanto el que invita proyecta compartir el dominio del hecho con los invitados, o de autoría y participación intentadas si el pretende reservarse el dominio del hecho otorgando el papel de partícipes a los demás. A diferencia de la provocación que supone una invitación pública y general la proposición se caracteriza por ser una invitación individual y personalizada".

Número 43. Siguiendo la idea anterior, el autor mexicano Francisco PAVÓN VASCONCELOS, en su obra denominada *"Breve Ensayo Sobre la Tentativa",* Editorial Porrúa, S.A., cuarta edición México, 1989 pág. 13, señala que por proponer debe entenderse la invitación formal hecha, por quien ha resuelto delinquir a otra u otras personas para obtener su cooperación en la ejecución del delito, constituyendo por tanto la simple invitación de cooperar a delinquir, es posible señalar como principales requisitos: a) resolución del provocador para cometer un delito determinado; b) solicitud expresa a persona o personas determinadas para que ejecuten el delito; c) la conducta tiene que ser dolosa; d) no ejecución del delito por parte del sujeto activo de la proposición, por cuanto si se inicia la ejecución, la proposición es absorbida por la tentativa o en su caso la consumación si esta se produce."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-31-19, fecha de la resolución: 27/03/2019

JUICIO MILITAR

NORMATIVAS DEL PROCEDIMIENTO COMÚN SON APLICABLES

"1. El recurrente impugna el Sobreseimiento Provisional, dictado por el Juzgado de Primera Instancia Militar, alegando que en el presente proceso se han

omitido los elementos de convicción los cuales son suficientes, para fundamentar la acusación cuando sea el momento procesal, al presentar los alegatos de bien probado, y asimismo argumenta que no obstante las facultades resolutivas del Juez de Primera Instancia Militar, señaladas en el artículo 295 CJM, para apreciar la prueba en lo corresponda conforme al derecho común, según el recurrente, los testimonios son incriminatorios, ya que se cuenta con elementos probatorios suficientes para establecer el hecho al acusado, el cual se adecua a los verbos rectores del delito de Abandono de Servicio.

Para poder dar respuesta al recurso presentado, esta Cámara considera necesario señalar que la etapa plenaria del proceso militar es aplicable el Código de Justicia Militar, no obstante tomando en consideración las normativas de procedimiento común, porque muchas instituciones de la justicia militar no se encuentran debidamente desarrolladas en la normativa referida que incluso es previa a nuestra constitución de la república, para el caso del sobreseimiento o de la elevación a plenario son aplicables las normas procesales penales, así como aquellas normas referentes a la valoración probatoria."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-24-19-11AI, fecha de la resolución: 28/03/2019

JUZGADOS DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Y DE EJECUCIÓN DE LA PENA

LA RESOLUCIÓN QUE DECLARA SIN LUGAR EL SEÑALAMIENTO DE AUDIENCIA ORAL DE INCIDENTE DE REDENCIÓN DE LA PENA, NO ES APELABLE

"III.- En ese sentido, la parte inconforme debe cumplir a cabalidad con todos los requisitos que la ley le impone para lograr que el Tribunal Superior en grado conozca de la resolución que trata de impugnar. Al respecto citamos lo que manifiesta la Honorable Sala de lo Constitucional, en su sentencia de Amparo número 714-1999, dictada a las dieciséis horas del día diecinueve de noviembre de dos mil uno, que en lo pertinente dice:"""…el derecho a recurrir no garantiza per se otros recursos que aquéllos expresamente previstos por la ley, siempre que se hayan cumplido los requisitos y presupuestos que en las mismas leyes se establezcan y la pretensión impugnatoria sea adecuada con la naturaleza y ámbito objetivo del recurso que se trata de utilizar…"""(Sic., Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional 2001, Pág. 33).

IV.- En el caso que ahora nos ocupa, el condenado LMCV, interpuso su escrito de apelación, manifestando su inconformidad, según se entiende, en contra de la resolución de Fs. 112, que es en la cual la señora Juez Segundo de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de La Libertad, resolvió declarar sin lugar, señalar la audiencia oral de incidente para otorgar el beneficio de la redención de la pena; por lo que debemos establecer, lo siguiente:

La resolución de la cual se alza el señor [...], carece de una de las condiciones objetivas para la interposición del recurso, esto es que sea """recurrible o apelable""", jurídicamente hablando; dado que el Art. 452 CPP. Inc. 1, literalmen-

te establece: “”””Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos.”””(Sic., lo subrayado es nuestro), y el Art. 464 CPP, manifiesta, en lo pertinente que: “”””El recurso de apelación procederá contra las resoluciones dictadas en primera instancia, siempre que sean apelables…”””(Sic., lo subrayado es nuestro); concretamente los Arts. 46 y 47 LP, señalan específicamente cuáles son las resoluciones apelables en la materia, lo que ha de entenderse que, si el escrito de apelación presentado por dicho recurrente, fue contra la resolución dictada a las ocho horas y treinta minutos del día quince de marzo del presente año, Fs. 112, en la que la señora Juez, declara sin lugar, el señalamiento de audiencia oral de incidente de redención de la pena, es de hacer notar, que ésta resolución, no se encuentra regulada ni por la ley especial, ni por la normativa común, como jurídicamente reconocida para ser reclamada o atacada por medio del recurso de apelación; es decir, el legislador no la ha configurado dentro de las resoluciones que pueden ser objeto de impugnación, por consiguiente, esta Cámara considera que es conforme a derecho rechazar la alzada en referencia, y así se hará en la parte resolutiva de la presente.

V.- Previo a emitir la resolución que corresponde, y con el sustento de lo dispuesto en el Artículo 25 de la Ley Orgánica Judicial, así como de los actos advertidos dentro del proceso, dan lugar, a que este Tribunal Superior se pronuncie acerca ellos, ya que de no observarse en este momento, podrían afectar el correcto ejercicio de la fase del derecho procesal penal referente a la ejecución de la pena, consideraciones que los Suscritos Magistrados haremos en el estricto ejercicio del debido proceso, y por supuesto con la limitante de que en el presente caso no se entrará a conocer del fondo de la decisión, por lo tanto, tenemos que decir:

1).- Es necesario advertir lo que consta el expediente remitido, específicamente en el auto de las quince horas y doce minutos del día veintidós de febrero del presente año, Fs. 63, en el se procedió a convertir el tiempo en que el señor […], estuvo en detención provisional a jornadas de Trabajo de Utilidad Pública, y se las restó a las jornadas impuestas por el Juzgado que sentenció, a pesar que es evidente que son penas de naturaleza diferente; ya que el legislador, en el Art. 75 CP, otorga una **regla de equivalencia** al Juez, para que al momento de *re-emplazar* una pena de prisión por una pena de prestación de Trabajo de Utilidad Pública, dada su naturaleza jurídica de lo que es una pena impuesta por otra de diferente naturaleza, tenga el juzgador un parámetro para saber cuántas jornadas de trabajo de utilidad pública equivaldrán, a un tiempo en prisión. A pesar de lo anterior, en razón a la prohibición establecida en el Art. 460 CPP, aplicada en este caso, ya que el condenado es quien interpuso el recurso de apelación, no se cambiará dicha resolución por ser favorable al mismo.”

DEBEN GARANTIZAR QUE LOS CONDENADOS TENGAN DEFENSORES PÚBLICOS NOMBRADOS

“**2).-** Tal como se mencionó al inicio de la presente, el señor […], no tiene hasta este momento, Defensor Público nombrado, por lo que se recomienda a

dicha Juzgadora, realizar los esfuerzos que sean necesarios, para evitar que los condenados en los expedientes que tiene a su cargo, se les violente la Garantía Constitucional del Derecho de Defensa, y se esté, además, notificando al "Procurador de Turno", tal como consta en las actas de Fs. 69, 118 y 130.

Lo anterior, se le hace presente, dado el control judicial que esta Cámara de Segunda Instancia debe tener acerca de los casos sometidos a su especial consideración, con el objeto de que se lleve un correcto orden en los procesos, de Primera Instancia, y así evitar que se generen vulneraciones a Derechos y Principios de orden Constitucional y de Leyes secundarias."

Cámara Mixta de Tránsito y de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, número de referencia: 13-2019-JVPEP-2LL-AP, fecha de la resolución: 10/04/2019

LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS

PESE A QUE IMPUTADO NO TUVO NINGÚN BENEFICIO ECONÓMICO DEL DINERO ILÍCITO POR EL MANEJO DE FONDOS ESTATALES, NO ESTÁ EXENTO DE RESPONSABILIDAD PENAL

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

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

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

Relacionándose las consideraciones más importantes de la sentencia a continuación:

Como punto inicial fue resaltado, su vinculación laboral, como "Colaborador Técnico de Casa Presidencial de la República", mediante acuerdo número 514 de mil novecientos noventa y siete; asignado a la Secretaria Privada de la Presidencia, nominalmente en la gerencia financiera, bajo el mando del procesado

[...]; siendo el señor [...] conocedor debido a su profesión de contador público, entre ellos la Ley AFI y normativa financiera relacionada con su cargo, contrario a su actuación material que únicamente era enfocada en complacer al ex presidente de la República Saca González.

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

El señor [...] apertura las cuentas 018-301-00-002545-1 banco Cuscatlán y 21023496 para manipular y recibir fondos del Estado, conjuntamente con sus superiores [...], teniendo certeza el Tribunal de Sentencia que el dinero provenía de Cuentas Institucionales del Tesoro Público de la Presidencia de la República [...] del banco Agrícola y [...] del banco Cuscatlán.

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

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

Al imputado ********** le emitieron cheques a nombre de el mismo pero cobrados por terceras personas, dichos cheques tenían como origen las cuentas [...] del banco Cuscatlán a nombre de [...], y las cuentas número [...], todas del banco Cuscatlán a nombre del imputado [...] y [...] del banco Hipotecario a nombre del imputado Rodríguez Arteaga y de las cuentas número [...], del banco Cuscatlán y de la cuenta número [...] banco Hipotecario, a favor del señor [...] haciendo un total de ciento setenta y un millones setenta y un mil setecientos noventa y nueve punto treinta y cinco dólares $171,071,799.35.

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

El imputado [...] realizó una serie de depósitos de su cuenta número [...] del banco Cuscatlán a la cuenta número [...] del banco Cuscatlán, a nombre de Alianza Republicana Nacionalista (ARENA) por un monto de un millón cuatrocientos cincuenta mil dólares $1,450,000.00, acción que se verificó mediante la declaración de las testigos de cargo MEB, GDLR y CPB, quienes señalaron

que el señor [...] llegaba con cheques por un monto aproximado de cincuenta mil dólares $50,000.00, los cuales se depositaban en cuentas de Alianza Republicana Nacionalista (ARENA), cumpliendo estas acciones con el verbo depositar o transferir fondos de cuentas del Estado Salvadoreño a cuentas personales, con la finalidad de beneficiarse el ex presidente [...].

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

Con el contenido de las pruebas de cargo y descargo fue comprobado la utilización de agencias de publicidad contratadas por parte de la Presidencia de la República entre los años 2004-2009, las cuales se realizaron al margen de la ley, a dichas sociedades les eran transferidos fondos estatales con la finalidad de borrar la ilicitud de la sustracción de las cuentas de Presidencia; fueron emitidos cheques a nombre del procesado [...] desde la cuenta [...], del banco Cuscatlán, cheques por dos millones seis mil ochocientos noventa y un dólares con setenta y seis centavos $2,006,891.76, a la cuenta del banco Cuscatlán a nombre de Molina Bianchi y Asociados, S.A. de C.V., igualmente dicha cuenta emitió cheques por un total de dos cientos veinticinco mil cuatrocientos cuarenta y ocho dólares con treinta y nueve centavos $225,448.39 a la cuenta número [...] del banco Cuscatlán cuyo titular es Campaña S.A. de C.V., setecientos setenta y cinco mil noventa y ocho dólares con cuatro centavos $774,098.04 a favor de América Publicidad S.A. de C.V., asimismo seiscientos cincuenta mil dólares, $650,000.00 a favor de la sociedad Funes y Asociados S.A. de C.V.

El sindicado [...] emitió cheques desde su cuenta [...] del banco Cuscatlán, a favor de la cuenta [...] a nombre del imputado [...], por un monto de ciento cincuenta y cinco mil dólares, $155,000.00; además emitió cheques desde su cuenta [...] del banco Hipotecario por un monto de ciento siete mil trescientos setenta y dos dólares $107,372.00 y de la cuenta número [...] del banco Cuscatlán emitió cheques por un monto total de novecientos treinta mil trescientos sesenta y cinco dólares con un centavo $930,375.01, a las cuentas [...] banco Hipotecario, [...] del banco Cuscatlán, y a la cuenta número [...] del banco Salvadoreño y a la cuenta número [...] del banco Agrícola, cuyo titular era el acusado [...].

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

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

Por medio del presidente de la República, fue creado en el año dos mil cuatro el “Reglamento Interno de Funcionamiento Para el Manejo, Control y Fiscalización de los Fondos Públicos, Gastos Reservados y Secretos de la Presi-

dencia de la República Destinados a Las Actividades de Inteligencia, Clasificación, Manejo y Protección de la Información y Deber de Guardar Secreto de Los Colaboradores Designados Para el Manejo de Gastos Reservados y Secretos" siguiendo una copia del reglamento anterior del ex Presidente [...].

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

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

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

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

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

Después de hacer una breve relación de elementos de prueba para arribar a la conclusión del cometimiento del ilícito en comento, el Tribunal de Sentencia ha estimado que al imputado [...] le fueron girados tres mil cuatrocientos nueve cheques, remitidos de cuentas del imputado [...], asimismo cheques a favor del señor [...] bajo los números de cuenta [...] todas del banco Hipotecario, y del mismo imputado [...] del banco Cuscatlán, emitiendo cheques y poniéndose el mismo como beneficiario de la cuenta [...] del banco Hipotecario, sobre montos que oscilaban entre los cincuenta mil dólares y cien mil dólares, para los cuales el señor [...] se hacía presente a las agencias bancarias a realizar el cobro en efectivo, entre ellas Agencia Pirámide Cuscatlán (Santa Tecla), Agencia Masferrer (San Salvador), Banca Empresarial Pirámide Cuscatlán (Santa Tecla), Agencia Santa Elena (Antiguo Cuscatlán), llegando entre dos a tres veces por semana a realizar transacciones, lo anterior comprobado mediante testigos de cargo como la señora MRZ, quien menciono que era empleada y secretaria de la Presidencia

del Banco Cuscatlán, señalando que la atención al señor [...] era con facilidad y agilidad diferente al público en general; debido al volumen de visitas le fueron asignadas al señor [...] dos personas (RGG y CUB), quienes incluso llegaban hasta Casa Presidencial a recoger los cheques, realizar los cambios y posteriormente regresárselos al señor [...] en casa Presidencial.

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

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

Precisando cifras totales, sobre puntos periciales del análisis contable, entre ellas el haberse emitido trescientos noventa y seis cheques que suman dieciséis millones quinientos setenta y dos mil con seiscientos noventa y cuatro dólares con cuarenta y ocho centavos, $16,572,394.48, además abonos a cuentas mediante seiscientos doce cheques por catorce millones, trescientos treinta y ocho mil, seiscientos doce dólares con ochenta y cuatro dólares $14,338,612.84, cuatro pagos de tarjetas de crédito No. ********** del señor [...] por valor de ciento cinco mil, novecientos sesenta y ocho dólares con cincuenta y cuatro centavos $105,968.54, doscientos ochenta y cinco cheques a favor de América Publicidad S.A. de C.V. por siete millones, sesenta y nueve mil, setecientos doce dólares con sesenta y cinco centavos $7,069,712.65, abonos a grupo SAMIX por la cantidad de cien mil dólares $100,000,00, ciento ochenta y tres cheques a favor de Funes y Asociados Publicidad S.A. de C.V., que suman cuatro millones, seiscientos setenta y cinco mil dólares $4,675.000.00, se transfirieron al señor [...] ciento cuarenta y siete mil dólares $147,000.00 y un millón doscientos setenta y siete mil quinientos treinta y dos dólares con doce centavos $1,277,532.12, setenta y dos cheques ocho millones setecientos mil setenta y cuatro, ciento ochenta dólares $8,774,180.00 a favor del señor [...], veintinueve cheques haciendo un total de un millón cuatrocientos cincuenta mil dólares $1,450,000.00 a favor del partido Alianza Republicana Nacionalista (ARENA).

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

El imputado no tuvo ningún beneficio económico del dinero ilícito por el manejo de fondos estatales, pero eso no lo exime del delito de Lavado de Dinero y Activos descrito en el art. 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, pues

el artículo sanciona el mero hecho de la participación "*QUIEN HAYA PARTICIPADO EN LA COMISIÓN DE DICHAS ACTIVIDADES DELICTIVAS*" Su participación ha sido probada y fue realizada de manera voluntaria.

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

CONSIDERACIONES SOBRE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

Al hacer una alusión reiterativa a la dependencia que tiene el autor sobre el cómplice, debe estimarse que esta figura es una cooperación dolosa de un delito doloso ajeno, por ello la complicidad carece de autonomía, dependiendo siempre

del autor y que solo en base a éste pueda enjuiciarse su conducta, características que retoma nuestra legislación al momento de juzgar la complicidad, en el art. 66 CP:

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

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

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

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

FUNCIONES DEL PROCESADO CONSISTIERON EN APERTURA DE CUENTAS BANCARIAS POR ORDEN SUPERIOR, LO QUE REFLEJA UN NIVEL DE SUBORDINACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

LABOR DEL IMPUTADO ERA DE COMPLICIDAD NECESARIA PARA LA COMISIÓN DE LOS DELITOS DE PECULADO Y LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS

"... Situación que no lo separa de la colaboración del ilícito penal, pero que muestra el posicionamiento que tuvo el señor [...], siendo este subordinado por su superior [...] y ulteriormente de [...], quien básicamente resultaba ser el operador designado por el señor ex Presidente.

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

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

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

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

Dos. Las modificaciones y beneficios personales únicamente fueron posibles mediante órdenes de los superiores del señor [...], de forma organizacional: [...] y [...], éste último tuvo la posibilidad de transferir fondos públicos a cuentas propias, así como de dirigir activos al pago de tarjetas de crédito.

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

Atendiendo a las consideraciones doctrinarias, sobre el delito de Peculado se estima que el señor [...] nunca tuvo el dominio sobre la sustracción de fondos públicos, su labor fue sustentada en órdenes superiores -apertura de cuentas bancarias como persona natural- por parte de los señores [...].

Debido a su cargo y su función como colaborador de la Gerencia Financiera de Casa Presidencial, el imputado [...] tuvo una incidencia de cooperación importante, sin la cual no hubiese sido posible el tránsito desde las Cuentas Institucional Subsidiaria del Tesoro Público hacia las cuentas abiertas como persona natural por el señor [...], esto conlleva a establecer que sin su labor no hubiera sido posible el provecho de terceros, siendo *necesarias* las acciones que el imputado hizo para poder obtener beneficios económicos los señores que tenían el dominio de la conducta ilícita: [...].

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

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

Dichas órdenes acatadas por el señor [...] para transferir los fondos públicos fueron *esenciales* y *necesarias* para poder beneficiarse los señores [...], no teniendo igualmente - en este tipo penal - el dominio del hecho.

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

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

Superado el examen respecto del señor [...] y establecer este Tribunal que dicho imputado ha realizado conductas de complicidad necesaria de los delitos de Peculado y Lavado de Dinero y de Activos, deberá tomarse en cuenta para el cálculo de la pena de prisión del art. 66 CP, tomando como referencia la pena impuesta a los coautores.

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

CONFESIÓN DEBE ESTAR REVESTIDA DE CORROBORACIONES QUE MÍNIMAMENTE PERMITAN VINCULARSE A OTROS ELEMENTOS DE PRUEBA

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

La Sala de lo Penal sobre ello ha manifestado que:

"*Cabe señalar que la exigencia de corroboración no puede ser "plena", como si cada afirmación que realice el declarante coimputado ha de contar con el respaldo de otra evidencia, pues esto conllevaría en la práctica, a privar de toda eficacia a este tipo de testimonio impropio. Como alternativa, surge la teoría de la "corroboración mínima" que esta Sala ya ha acogido en decisiones anteriores, sosteniendo específicamente en cuanto a la declaración de coimputados: "se ha dejado por sentada como una prueba legítima y constitucional, sometida su validez a la condición que sea mínimamente corroborada...esta corroboración exige*

la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración, que habrá de realizarse caso por caso" (Sentencia de casación Ref. 574-CAS-2011, de fecha 08/07/2013, con cita de URIARTE VALIENTE, L., El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada, P. 504, Editorial La Ley, España, 2007)".

En el caso en concreto, al realizarse un ejercicio de exclusión mental hipotética sobre la confesión del señor [...], logran establecerse otros elementos de prueba que permiten verificar las acciones realizadas por señor [...], siendo la principal, la Pericia Financiera Contable del treinta de noviembre de dos mil diecisiete, de la cual el Tribunal *A Quo* ha hecho mención en menor grado que la confesión del imputado [...], dicha pericia se encuentra a folios 236,701-236,940, piezas 1,184 y 1185, asimismo la ampliación de la pericia de folios 309,469-309,559, que permiten ilustrar a este Tribunal como las cuentas del señor [...], bajo la leyenda "*[...]/Gastos Operativos de Presidencia de la República"* sirvieron para transitar fondos estatales a cuentas del ex Presidente y terceras personas, acatando ordenes el señor [...].

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

AUNQUE PROCESADO NO OBTUVO NINGÚN BENEFICIO ECONÓMICO, DEL ANÁLISIS DE LA PRUEBA SE CONCLUYE QUE ERA UN CÓMPLICE NECESARIO PARA LA COMISIÓN DEL DELITO DEBIDO AL CARGO QUE OSTENTABA

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

Sobre el delito de Peculado, fueron determinadas por el A Quo (folio 1,324) que consistieron en: *"(Doce).- Se determina de forma infalible que [...]**, fue titular de un total de doce cuentas personales,** las cuales son: [...], todas del Banco Cuscatlán; y [...], que estas fueron alimentadas o en las mismas se realizaron diferentes depósitos de dinero del Estado o del tesoro público, el cual fue sustraído ilegalmente con el fin de poder apropiarse en beneficio de [...] y de terceras personas –agencias de publicidad y el grupo radial "SAMIX" propiedad del acusado [...], así como partido Arena y otros."*

*"(Trece).- Que las **doce cuentas personales** de [...] que se relaciona en el numeral 15.- supra, se sustrajo el dinero de las cuentas del Estado Salvadoreño (CISTPPR)números: **1)** [...], aperturada el cuatro de julio de dos mil uno en el*

Banco Agrícola, ***2)*** *[...], aperturada el siete de julio de dos mil cuatro en el Banco Cuscatlán,* ***3)*** *[...], la cual fue aperturada en fecha cinco de septiembre de dos mil ocho en el Banco Agrícola. Recibieron esas doce cuentas a nombre de* [...]*,* ***un total de $256, 002,086.09***" [*sic*] (resaltado e itálicas del original).

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

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

En su confesión (fs. 1,169) el señor [...] detalló de forma concisa haber sustraído fondos públicos por orden del señor [...], así:

Que ha laborado en la Presidencia de la República desde mil novecientos noventa hasta el treinta y uno de octubre de dos mil dieciséis, que durante el período del presidente Saca González, ostento el cargo de gerente financiero institucional.

Que era titular de tres cuentas institucionales de Casa Presidencial: (1) N°[...], fecha de apertura: el cuatro de julio de dos mil uno en el banco Agrícola por su persona y el imputado [...], (2) N° [...]fecha de apertura: el siete de julio de dos mil cuatro en el banco Cuscatlán, estando facultados para firmar [...]J y él mismo, (3) [...] fecha de apertura el cinco de septiembre de dos mil ocho, teniendo autorización los señores [...] para la emisión de cheques, señala además que de estas cuentas fue solicitada autorización a la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda.

Que durante la gestión del ex presidente [...], se abrieron dieciséis cuentas bancarias sin autorización del Ministerio de Hacienda, que sus titulares eran los señores [...], cuya finalidad era transferir fondos de cuentas subsidiarias del tesoro público de forma ilegal y realizar operaciones fuera del sistema de contabilidad gubernamental.

Posterior a haber transferido los fondos a las dieciséis cuentas, el dinero fue transferido nuevamente para apropiación en beneficio personal de los señores imputado [...], así como a favor de las sociedades AMÉRICA PUBLICIDAD, ANLE, FUNES Y ASOCIADOS PUBLICIDAD, MOLINA BIANCHI Y MARKETING AND SERVICE DE CENTROAMERICA, además de un amplio catálogo de otras personas jurídicas, sin que estas empresas prestaran bienes o servicios a favor del Estado; asimismo se pagaron saldos de tarjeta de crédito de la señora [...] y [...].

Que de la cuenta [..] (banco Agrícola), fue transferido un total de un millón novecientos veinte mil seiscientos noventa y un dólares ($1,920,691,00)

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

Que en la cuenta [...] banco Cuscatlán, fueron depositados cuatrocientos mil dólares ($400,000.00), provenientes de la cuenta institucional [...], tres cheques extendidos por [...] y [...], consignando como beneficiario al señor [...], girando trescientos setenta y cinco mil dólares ($375,000.00) omitiendo todos los controles de ley.

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

Que a la ex primera dama [...], le eran entregados diez mil dólares mensuales, para lo cual se ordenaba al señor [...] (empleado de Casa Presidencial) que depositara a una cuenta personal de dicha señora.

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

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

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

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

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

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

Que no acepta haberse apropiado, ni tener ningún beneficio personal o en conjunto con otras personas, de fondos de Casa Presidencial, pero sí de favorecer a los señores [...].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PUEDE ATRIBUIRSE RESPONSABILIDAD PENAL EN COMISIÓN DEL DELITO, AUNQUE NO EXISTA PROVECHO ECONÓMICO, PUES DE LA CONFESIÓN SE EXTRAE EL ÁNIMO Y ACEPTACIÓN VOLUNTARIA DE TRASLADAR FONDOS DEL TESORO PÚBLICO A CUENTAS BANCARIAS PERSONALES

"...3. Corresponde el análisis sobre la participación que tuvo el señor [...], el Tribunal de Sentencia sobre dicho imputado concluyo que:

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

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

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

Sumado a ello dentro del procedimiento abreviado contra el imputado [...], expresó:

Que en el año dos mil cuatro él era el jefe del área de Tesorería Institucional de la Presidencia de la República, realizó conductas contrarias a la ley y acepta el delito de peculado.

Que desde la cuenta institucional de la Presidencia, comenzó a girar cheques en favor de [...], en acuerdo a las instrucciones de los señores [...], este último jefe de la Unidad Financiera Institucional.

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

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

La emisión de cheques fue posible con la firma del señor [...] y él mismo, que la conducta de desviar fondos fue ideada por los señores [...].

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

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

La finalidad de esos millones no fue el pago de remuneraciones de Presidencia de la República y fueron destinados a cuentas personales de [...].

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

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

De ello se desprende, también el hecho que el señor [...], no obtuvo beneficio personal, materialmente por no haber abierto ninguna cuenta bancaria como persona natural que recibiera los fondos estatales, pero más importante es que los depósitos que él realizaba a empleados de Casa Presidencial correspondían a fondos que posteriormente llegarían a beneficiar a los señores [...] y otros.

Tanto el señor [...] como [...] tenían funciones asignadas con la finalidad de obtener beneficio patrimonial para sus superiores.

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

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

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

Pese a no tener ningún provecho económico no lo separa de la responsabilidad penal por el delito de Peculado, pues de su propia confesión se extrae el ánimo y aceptación voluntaria de trasladar fondos de Cuentas Institucionales del Tesoro Público de la Presidencia de la República CITPPR números [...] a cuentas personales de los señores [...].”

ESENCIALIDAD DE LAS CONDUCTAS PERMITE CONCLUIR LA COMPLICIDAD NECESARIA EN LA COMISIÓN DEL ILÍCITO PENAL

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

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

A partir de esa omisión que el plan ideado por los autores intelectuales [...] pudo funcionar, resultando evidente entonces la *esencialidad* de las conductas realizadas por el señor [...], primeramente omitiendo el informe de creación de cuentas y posteriormente el transferir fondos públicos de Cuentas Institucionales del Tesoro Público de la Presidencia de la República CITPPR números [...] a cuentas de los señores [...].

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

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: APL-30-2019, fecha de la resolución: 05/07/2019

LEGALIDAD DE LA PRUEBA

LA PROHIBICIÓN PROBATORIA SE VERIFICA REAL Y EFECTIVA CUANDO ES CONTRAPRODUCENTE AL DEBIDO PROCESO Y A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

"**Número 9.** La licitud de la prueba o legalidad de la prueba como la denomina la legislación salvadoreña, se verifica a través de la inferencia realizada en su esfera negativa, es decir a partir de constatar su ilicitud o ilegalidad con base al tratamiento, que la doctrina alemana *(Ernst BELING)* conoce como *-Límites de la averiguación de la verdad en el proceso penal-*, configurándose en lo que actualmente conocemos como *Prueba Prohibida (siendo adecuado considerar esta última como una consecuencia de la prueba ilícita).*

Número 10. El art. 175 Pr. Pn, es enfático en otorgar valor a los elementos de prueba, si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones del C.P.P.; esto conlleva a considerar la

carencia de valor que posea todo elemento o fuente de prueba que contradiga lo planteado en el citado artículo, que en su inciso segundo, regula aquellos supuesto de obtención ilícita, así como las salvedades a estos casos, verbigracia, el hallazgo inevitable, la buena fe, la fuente independiente, entre otras excepciones, sin perjuicio de lo anterior, también señala que aquellos elementos probatorios no incorporados conforme al Código Procesal Penal, podrán ser valorados como indicios tal como se indica -*in fine*- del artículo citado.

Número 11. Este Tribunal de Alzada, indica que la prohibición probatoria, radica en dos supuestos: *el primero en su vertiente procesal,* cuando se obtiene información al margen del proceso penal, mediante vulneración o quebrantamiento de las formas procesales, más atinente al concepto de prueba irregular; o *el segundo en su vertiente sustantiva,* cuando se trate de afectación directa de derechos constitucionales; en ambos casos el juicio de valor debe centrarse en acreditar que tales vulneraciones proyecten una -*Indefensión desde una perspectiva constitucional-;* y que dicha indefensión sea *real y efectiva*, tal como señalan los — autores -*DE URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO-, en la obra "La Prueba Ilícita Penal";* tal estado de indefensión se verifica real y efectiva cuando es contraproducente al Debido Proceso y a la Presunción de Inocencia (Art. 11 y 12 Cn. Respectivamente). –

Número 12. En cuanto a la —*Presunción de Inocencia*- esta se consolida como garantía constitucional, que protege el status del acusado, y el cual únicamente puede ser modificado, de conformidad a las leyes y mediante juicio público, en el que se enlacen diversas garantías tendientes a asegurar el derecho a poder controvertir de manera fundada las imputaciones realizadas, tal garantía constitucional refuta y muestra su oposición a toda utilización u obtención de fuentes de prueba que tengan carácter ilícito, pues tal presunción viabiliza que en el juicio respectivo desfilen elementos de prueba que no contengan vulneración de infracciones procesales, o lesión de derechos constitucionales que sitúen al imputado en el estado de indefensión constitucional.

Número 13. Abonando a lo anterior, ya CAFFERATA NORES manifiesta en su obra "La Prueba en el Proceso Penal", que: "[...] Aunque no haya reglamentación expresa, la tutela de las garantías constitucionalmente reconocidas exigirá, que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas sea considerado ilegal y, por ende, carezca de valor para formar la convicción del juez [...]."
Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-31-19, fecha de la resolución: 27/03/2019

LESIONES CULPOSAS

CONSIDERACIONES LEGALES Y DOCTRINARIAS PARA TENER POR ACREDITADA LA CONDUCTA

"En los casos ya determinados por la ley, la responsabilidad penal por imprudencia surge por el incumplimiento de la normativa dirigida a prever circuns-

tancias que pueden poner el peligro la vida, la salud e integridad física de las personas. Esto quiere decir que dicho incumplimiento se traduce en la omisión del deber objetivo de cuidado.

En esta sintonía, el principio de culpabilidad constituye uno de los pilares fundamentales del derecho penal. Este principio se expresa con la fórmula latina nullum crimen sine culpa, y abarca tres esferas como limitador del ius puniendi del Estado: (i) prohíbe la imposición de una pena sin la existencia de dolo o culpa (art. 4 CP., principio de responsabilidad), (ii) la pena debe guardar proporcionalidad con las formas de responsabilidad, y (iii) la culpabilidad supone la reprochabilidad del sujeto por la realización de un ilícito penal.

Por tanto, para que a una persona le sea impuesta una pena, es necesario que la realización del hecho le sea personalmente reprochable.

La culpabilidad tiene dos formas: el dolo y la culpa. La primera hace referencia al conocimiento y voluntad, la segunda a la negligencia. Ambas tienen por fundamento la voluntad del sujeto activo.

Sin dirección de la voluntad o sin negligencia no hay culpabilidad, y sin ésta, no hay delito, por ser la culpabilidad elemento del delito.

Según Muñoz Conde, la culpa es la realización del tipo objetivo de un delito por no haber empleado el sujeto la diligencia debida. (Muñoz Conde, Francisco. "Teoría General del Delito", reimpresión de la segunda edición, Editorial Temis S.A. 1999. p. 182.)

A consideración del autor ya citado, la culpa consciente se da cuando el autor se representa la producción del resultado típico, pero confía en poder evitarlo; mientras que en la culpa inconsciente el autor no prevé la producción del resultado, pero la hubiera podido prever si hubiera actuado con la diligencia debida.

A propósito de este último punto, debemos acotar que la diligencia debida, o deber de cuidado del autor se divide en "interno" y "externo"; el primero es el que obliga a la persona a advertir la proximidad de un peligro (deber de examen previo). Ese es el caso que legitima la punición por culpa consciente, en la que el sujeto debía.

El deber de cuidado externo implica el deber de comportarse de conformidad con la norma de cuidado advertida. Esta exigencia se plasma según la situación concreta en los deberes de: omitir acciones peligrosas para los bienes jurídico prepararse e informarse previamente antes de ejecutar acciones peligrosas; y actuar prudentemente durante la realización de acciones riesgosas.

La culpa entendida como la producción de un resultado típico y antijurídico, previsible y evitable, a consecuencia de haber desatendido un deber de cuidado que le era exigible; se manifiesta a través de la imprudencia, negligencia, impericia inobservancia de reglamentos o deberes.

En Lato sensu la culpa se caracteriza por implicar una actitud contraria a la ley, causar o ser capaz de causar un daño y resultar objetivamente imputable al autor como consecuencia de su libre determinación. Y strictu sensu, además de estos requisitos, el acto culpable tiene su origen en la impericia, negligencia o imprudencia de quien los comete, con abstracción de cualquier querer doloso. Gira, por eso, en torno a la idea de previsibilidad.

Por tanto, si un resultado es previsible, es evitable; por el contrario, no se puede evitar lo imprevisible."

LA LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO ES DEBIDO A LA INOBSERVANCIA DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

"De tal forma, como primera conclusión, es dable afirmar que no le asiste la razón al impetrante, ya que no existe duda acerca de la manera en la que sucedieron los hechos, tampoco se ha establecido imprudencia por parte de la víctima al cruzar la calle, mucho menos que el taxista fue el que "se pasó llevando" a la señora […].

Según la prueba, se ha acreditado que el semáforo estaba en rojo para el autobús cuando la señora decidió cruzar la calle con la menor de edad, y que el motorista no se percató de dicha circunstancia, e inició la marcha al cambio de la luz, ya él conductor como asevera el apelante, y en su declaración indicó que estaba esperando que el semáforo diera luz verde. […].

Dicha acción, constituye una infracción al deber objetivo de cuidado, por cuanto era indispensable y exigible que el motorista de la unidad se percatara que no hubiese transeúntes o peatones al momento de arrancar la marcha del autobús, de ahí es que se establezca en la sentencia que no cedió el paso al peatón (victima).

De hecho, no ceder el paso al peatón que se encuentre cruzando por la vía de seguridad peatonal o calle, se encuentra contemplado en la Ley de Transporte terrestre, Tránsito y seguridad vial como una infracción de tránsito (art. 116 Nº 51, 66 y 95).

Conforme a la motivación de la sentencia, […], el juzgador ha hecho referencia a la imprudencia como uno de los elementos integrantes de la culpa, y hace hincapié en la infracción del deber objetivo de cuidado, como referente de la negligencia que integra el ánimo subjetivo del sujeto activo de la conducta reprochada penalmente:

"[…] La parte subjetiva del tipo de lesiones culposas implica, que el sujeto activo haya tenido la previsibilidad subjetiva de la obtención del resultado lesivo como producto de la conducta violatoria de las normas de cuidado- arts. 98 numeral 3, 165 del Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial-. Este elemento se establece en el caso que se juzga porque el procesado es una persona adulta, tercer año de universidad: con normalidad, física y mentalmente, y está licenciado o facultado por las autoridades competentes para la conducción de vehículos automotores, lo que presupone indefectiblemente el necesario y obligado conocimiento por su parte de las normas de cuidado establecidas en el aludido reglamento, que deben guardarse para no aumentar el riesgo para la conducción de vehículos automotores. El otro elemento importante de la parte subjetiva consiste en "no haber querido el resultado". Al respecto es menester acotar, que no hay indicios probatorios de la existencia de un dolo; sin embargo, por haberle sido previsible al procesado la obtención de un resultado lesivo, se descarta que éste haya sido producto de un caso fortuito, estableciéndose certeramente la imprudencia en el actuar del incoado." (Sic)."

COMPETENCIA PENAL Y CIVIL, EN AQUELLOS CASOS QUE EL ILÍCITO ES PRODUCTO DE UN ACCIDENTE DE TRÁNSITO

"4.- Seguidamente, procede analizar la última crítica dirigida por el apelante, la cual se centra en el yerro judicial al no haber tomado en consideración la normativa de tránsito a efecto de declarar como responsable civil subsidiario al señor […], propietario del autobús de la ruta 34 de transporte colectivo [...].

Tal como se apuntó al inicio de esta resolución, las afirmaciones del recurrente tienen su correspondiente solución jurídica mediante la retroalimentación de las reglas de competencia, como parámetro para establecer las facultades resolutivas de los jueces de tránsito y según el presente caso, del juez de sentencia, recurriendo para ello al incidente de conflicto de competencia dirimido por la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena (Resolución de las once horas con dieciséis minutos del día tres de julio de dos mil dieciocho, REF. 38-COMP-2018):

"[...] Así, el artículo 49 del Código Procesal Penal establece que los Juzgados de Tránsito son organismos comunes que ejercen permanentemente competencia penal y a ellos corresponde la instrucción formal en los casos de delitos cometidos en accidentes de tránsito.

En coherencia con dicha disposición legal, el artículo 1 de la Ley de Procedimientos Especiales sobre Accidentes de Tránsito señala que corresponde a los Juzgados de Tránsito "...el conocimiento de las acciones para deducir las responsabilidades penales y civiles en casos de accidente de tránsito terrestre ocasionados por toda clase de vehículos...".

Además, el artículo 1 del Decreto Legislativo Número 771, publicado en el Diario Oficial Número 231, Tomo 345, del diez de diciembre de 1999 establece que "...será competencia de los Juzgados de Tránsito el conocimiento de las acciones para determinar responsabilidades civiles en casos de accidentes de tránsito terrestre ocasionados por toda clase de vehículos. Si se tratare de deducir acciones penales, corresponderá Juzgados de Tránsito el conocimiento exclusivo de la instrucción; y a los tribunales determinados en el Código Procesal Penal y en este decreto, la audiencia inicial y el juicio plenario…".

De lo anterior se concluye que los referidos juzgados son competentes para conocer, en materia penal, únicamente de la fase de instrucción respecto a los delitos culposos provenientes de un accidente de tránsito; así se ha afirmado en diversas resoluciones, entre ellas la emitida en el incidente de competencia 25-COMP-2011 de fecha 3/05/2011 -."(Sic)

En dicha sintonía, se establece que las facultades resolutivas de los jueces de tránsito cuando se trate de deducir acciones penales culminan hasta la instrucción, siendo en adelante competencia del juez de sentencia que es la autoridad determinada en el Código Procesal Penal.

Según el contenido de la Ley de procedimientos especiales sobre accidentes de tránsito (LPESAT), se ha previsto por el legislador en el apartado de "Jurisdicción y alcances de la ley", art. 1 lo siguiente:

"El conocimiento de las acciones para deducir las responsabilidades penales y civiles en casos de accidente de tránsito terrestre ocasionados por toda clase de vehículos, serán de competencia de los Tribunales Especiales de Tránsito, conforme al procedimiento establecido en esta Ley. […]" (sic)

Ello quiere decir, que fuera de la instrucción, y en el caso en el que se deduzca responsabilidad penal proveniente de un accidente de tránsito y se esté en la fase del plenario (juez de sentencia), no es posible aplicar la LPESAT, sino el Código Penal y Procesal Penal, por cuanto vía legislativa le ésta vedado al juez de sentencia dicha competencia.

De tal manera es improcedente aplicar en el caso presente el art. 35 LPESAT referido a la acción civil, sino que ésta se resuelve conforme a lo regulado, como ya se dijo en el Código Penal y Procesal Penal, por ser competencia del juez de sentencia.

En consecuencia, se comparte lo argumentado por el A quo al tener por establecida la responsabilidad civil subsidiaria, tal como consta en la página 17 y 18 de la sentencia:

" [...]En el caso que nos ocupa, **[…]** se constituyó la fiscalía como ente acusador, para reclamar la acción civil resarcitoria, la que fuera iniciada, así como la acción civil subsidiaria- al señor […] dueño de abuso (sic) de la ruta 34 del transporte colectivo y al motorista del autobús […] ejercida por la representación fiscal, en virtud de la facultad que le otorga el art. 42 parte final del inciso, 43 inc. 2° y 123 inciso segundo CPP.

En el juicio de sentencia se ha establecido […] y otros vehículos mas tal como consta en folios antes relacionados. Que todo dueño de transporte colectivo está en la obligación de contratar personal responsable en el manejo de las unidades de transporte, que el dueño del autobús en todo momento estuvo representado por el mismo abogado defensor del acusado, 2°) que el señor […] estuvo presente en toda la vista pública, para hacer valer sus derecho como responsable subsidiariamente [...]" (Sic)

Esta Cámara considera que el Juez del Tribunal Segundo de sentencia de esta ciudad, realizó una apropiada valoración de los elementos probatorios de cargo, realizando un examen de suficiencia de los mismos para establecer la existencia del hecho delictivo así como la responsabilidad del procesado […].

Por tanto a criterio de las suscritas no existen en el proveído los defectos indicados por el recurrente, correspondiendo confirmar la sentencia definitiva condenatoria impugnada."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 110-2019, fecha de la resolución: 28/05/2019

MALVERSACIÓN

DEFINICIÓN

"**f.-** En el presente caso, el delito de Malversación está regulado en el Art. 332 Pn, que se encuentra sancionado con cincuenta a cien días multa, y en caso que resultase en provecho personal la pena de prisión oscila entre uno a tres años y el de Falsedad Ideológica Art. 284 Pn, sancionado con pena máxima de seis años de prisión.

g.- En cuanto a la figura de Malversación *El delito consiste en dar a los caudales o efectos administrados por el autor una aplicación diferente de aquella a la que estuvieran destinados*, -*Jorge Eduardo Buompadre*, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, p. 682-, ahora bien la materialización de dicho tipo penal se torna compleja, en razón que deben configurarse diversos actos preparatorios y de ejecución, lo que básicamente llevaría a considerar un posible delito continuado, en razón que la malversación de caudal público, por regla general, no se consuma en una sola acción, bajo esa óptica debe tenerse en cuenta para los fines que se discuten en el presente caso el último acto irregular del tipo objetivo."
Cámara de la Segunda Sección del Centro, número de referencia: INC-139-2019-PN, fecha de la resolución: 05/09/2019

MEDIDAS CAUTELARES

POSIBILIDAD DE SER REVISADAS POR SU EXCEPCIONALIDAD Y PROVISIONALIDAD

"v.- Reiteradamente se ha dicho que, la *excepcionalidad* y *provisionalidad* de las medidas cautelares, es lo que vuelve posible su revisión en cualquier estado del procedimiento (Arts. 343 y 344 CPP), sin embargo, para que sean sustituidas por otras menos gravosas, debe atenderse lo que en doctrina se conoce como regla *Rebus Sic Stantibus*, que significa *quedando las cosas como están; en el mismo estado* y en tal sentido, los efectos de la cautela impuesta sólo cesarán si han surgido dentro del proceso otros elementos que hagan variar los motivos que fundaron dicha medida, Art. 335 N° 1 CPP."
Cámara de la Segunda Sección del Centro, número de referencia: APEL-111-2019-PN, fecha de la resolución: 22/07/2019

MEDIDAS SUSTITUTIVAS

SU REVOCATORIA DEBE RESPETAR EL DERECHO DE AUDIENCIA Y DEFENSA

"**I).-** En el Art. 58 inc. 2 LP en concordancia con el 56 CP., se regula el incumplimiento del trabajo de utilidad pública y las consecuencias jurídicas que acarrea el ausentarse del mismo, por lo que, tal disposición es clara y precisa en determinar una sola condición, la cual, sí se inobserva, el Juez debe ordenar que la pena principal se cumpla, diciendo imperativamente el primero que: "Si el condenado se ausenta injustificadamente durante tres días en el cumplimiento de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena ordenará que la pena ordenará que la sentencia se ejecute ininterrumpidamente en el establecimiento penitenciario más cercano al domicilio del condenado hasta el cumplimiento de la condena, computándose en tal caso dos días de privación de libertad por jornada semanal de trabajo cumplida." Y el segundo que: "Si el condenado incurre en tres ausencias no justificadas al trabajo…"" (Sic.), y la consecuente sanción es que deberá cumplir su condena original ininterrumpidamente.

Lo anterior implica, en primer lugar, que el beneficiado debe caer claramente en el incumplimiento del trabajo, como mínimo, en tres ocasiones; en segundo lugar, que esas tres ausencias no necesariamente deben tener continuidad, si no que ellas pueden ser alternas o acumulables entre sí, dependerá de cada caso en concreto y en tercer lugar, manda a que se realice una Audiencia Oral para que el condenado o beneficiado justifique legalmente las ausencias, dentro de un debido proceso legal, a fin de garantizarle todos sus derechos constitucionales, entre los cuales, está por supuesto, el de concedérsele la oportunidad de que pueda ser oído y ofrezca, aporte y vierta la prueba pertinente, para que ésta sea sometida a las reglas de personificación, utilidad, la contradicción e inmediación entre otras y al finalizar la audiencia, a que sea valorada por el Juez.

En tal sentido, si el beneficiado, ya personalmente sobre la base de la defensa material o por su defensor, no aporta ningún medio de prueba idóneo, ni pertinente en el caso, o si lo hace éste es insuficiente o carente de valor, lógico es que el señor Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, deberá ordenar que la sentencia se ejecute de manera **ininterrumpida** hasta que llegue a su término, es decir, de la manera prevenida en la disposición legal en cuestión, y para lo cual deberá efectuarse el correspondiente cómputo de la pena."

"En tal sentido, al beneficiado […], según hemos dicho, se le escuchó y se le dio la posibilidad de defenderse en libertad e igualdad de armas en la Audiencia de Incidente, por un juez natural, con todos los derechos y garantías constitucionales y de ley, tal como lo establece el Art. 11 Cn., y aun así, ni su Defensor Particular, ni él, presentaron pruebas que justificaran las razones por las cuales dejó de cumplir dichas jornadas, pues, la sola palabra del Defensor Particular, no constituye prueba alguna, como ya se dijo, claramente lo decimos no cumplió con el principio de aportación, y en consecuencia no es posible que logre una resolución estimativa."

Cámara Mixta de Tránsito y de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, número de referencia: 7-2019-JVPEP-C-AP, fecha de la resolución: 18/03/2019

MEDIOS DE PRUEBA

LAS ENTREVISTAS NO SON PRUEBA DOCUMENTAL Y TAMPOCO TESTIMONIAL SINO ACTOS DE INVESTIGACIÓN

"La Sala de lo Penal, en sentencia bajo **Ref. 43-C-2016** de fecha **6 de septiembre de 2016,** dijo: "*Por otro lado, señala el impetrante que se valoró como prueba documental las **entrevistas de los agentes captores**..., cuando en basta jurisprudencia de Sala se ha expresado que las entrevistas no constituyen medios probatorios, sino que solo pueden ser introducidas al proceso por la vía del interrogatorio, con la única finalidad de cuestionar la credibilidad de los testigos, considerando que no es posible ponderarlas como prueba documental (...)., **Esta Sala** en resolución de fecha diecinueve de abril de dos mil diez, proveída bajo referencia 468-Cas-2007, manifestó lo siguiente: : "...Es necesario indicar*

*que entre un **acto de investigación** y **uno de prueba**, existen diferencias que atañen **al valor probatorio**, ya que en el segundo de los supuestos, se requiere **la contradicción de las partes y la intervención judicial**, esto conlleva que son los actos de investigación los que se realizan con antelación a la audiencia de juicio, **y solo los de prueba los que se verifican en el mismo**, por ende, el grado de convicción emanado de los mismos, tampoco es igual...(Sic)., **por lo tanto, las entrevistas no son prueba documental** y tampoco testimonial **sino actos de investigación** cuyo contenido será introducido al proceso mediante el testimonio realizado en el juicio. En ese orden de ideas, esta Sala advierte que el Ad-quem incluyó en su análisis intelectivo **las entrevistas** de los agentes captores....en su valoración como prueba testimonial,....por lo que ante tal circunstancia, es menester recurrir **al método de la exclusión mental hipotética**, para determinar **la "esencialidad" de esos elementos**, pues se debe resolver si el vicio señalado tiene influencia decisiva sobre la sentencia, omitiéndose hipotéticamente en la fundamentación intelectiva del proveído, **los elementos que no debieron ser analizados** bajo la connotación atribuida por Cámara, y a partir de tal exclusión verificar **sí subsiste motivación suficiente para mantener incólume el fallo**, porque de ser así, la declaración de nulidad carecería de interés procesal. Al respecto la jurisprudencia de Sala se ha decantado en los términos siguientes:... al analizar en su contexto y de manera integral, la motivación intelectiva de la sentencia, el mismo (defecto) no tiene el carácter dirimente para revertir el decisorio, **ya que al llevar acabo la supresión mental hipotética** de la circunstancia no probada... el proveído se mantiene incólume, ya que **existen otros elementos de prueba que le permitieron arribar a la certeza de culpabilidad de la acusada... ""***

Cámara de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, número de referencia: 248-P-18, fecha de la resolución: 04/01/2019

MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

IMPOSIBILIDAD PARA EL TRIBUNAL ADQUEM DETERMINAR SI LA POSTURA JUDICIAL ES CORRECTA O NO, DEBIDO A QUE NO EXISTEN INSUMOS MOTIVACIONALES POR PARTE DEL JUEZ AQUO

"B. Con el propósito de proveer un pronunciamiento ordenado, se analizará los autos apelados en el orden antecedente, únicamente plasmando de inicio algunas teorizaciones generales relativas a la obligación judicial de razonar las decisiones adoptadas, por ser el tema común de ambas quejas.

(i) Sobre el 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" [Apel. 335-2014-5, de las doce horas del día 26 de noviembre de 2014].

De lo anterior, es de hacer énfasis en que el Juez se encuentra obligado a motivar toda decisión que tome, lo cual no representa 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 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. Ese deber de motivación es reiterado en el Art. 144 Pr. Pn, el cual establece.

"Es obligación del juez o tribunal fundamentar las sentencias, los autos y aquellas providencias que lo ameriten. Igual obligación tendrán cuando tomen sus decisiones en audiencia.

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 simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no sustituirán en ningún caso a la fundamentación.

La falta de fundamentación producirá la nulidad de las decisiones".

Como se observa, 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.

La motivación de las resoluciones judiciales constituye 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.

De lo anterior se desprende que el ejercicio central de la potestad jurisdiccional está sometido a control, en ese sentido el deber de motivar las sentencias tiene como razón fundamental posibilitar el control de la actividad jurisdiccional, dicho control viene dado través de la respectiva motivación de la sentencia.

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.

C. En el caso 1 se advierte que, cuando se trató la apariencia de buen derecho, el Juez A Quo se ha limitado a señalar que no hay indicios de la existencia del delito de Estafa Agravada y Falsedad Ideológica y la participación de los imputados en el mismo; se desprende del contenido de las escrituras de compraventa de los lotes, y el resultado del informe de la auditoria especial realizada por el licenciado […], diligencias las cuales únicamente ha enunciado o transcrito, sin hacer mayor análisis sobre las mismas.

Aunado a tal conclusión basada en la mera transcripción, también ha soslayado el juez el exponer los criterios por los cuales considera que la conducta atribuida a los imputados no se adecua a la señalada en los arts. 215 y 216 Nº 2, modalidad la cual penaliza con prisión de cinco a ocho años, a quien 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,.

Y en este caso, todas esas consideraciones y valoraciones de los elementos de los tipos penales en estudio fueron soslayadas por el juzgador, quedando evidenciado que la resolución impugnada adolece de falta de motivación.

De ahí que debe determinarse la consecuencia que acompaña a dicha falta de motivación Se dijo previamente que el art. 144 CPP. impone una sanción explícita a las decisiones tomadas sin motivación: la nulidad.

Una falta evidente de motivación, aparte de ser anulable en razón de lo que dispone el artículo antes mencionado, es anulable también sobre la base de lo que dispone el artículo 346 inciso 1° pr. pn., el cual literalmente dice:

"El proceso es nulo absolutamente en todo o en parte, solamente en los siguientes, caso:.....6) 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...". Estando habilitado este Tribunal para declararla, conforme a lo dispuesto en el artículo 347 inciso 1 del mismo Código.

Como derivado de la declaratoria de nulidad de la resolución que impone la detención provisional al imputado, debe reponerse ello a través de la realización de una audiencia, en la cual el juzgador debe pronunciarse respecto de la procedencia o no de imposición de medidas cautelares, sobre la base del mérito que le determinen las diligencias de investigación presentadas por la parte fiscal, como los documentos con los que se pretende establecer arraigos.

Es necesario puntualizar que dicha audiencia tiene como finalidad la determinación de la procedencia o no de aplicación de medidas cautelares y si se opta por esto último, determinar cuáles (ya sea la detención provisional u otras). Si una u otras se adoptan, quedará a criterio del juzgador que realice la audiencia.

Sobre la competencia para realizar dicha audiencia especial, esta Cámara ya se ha pronunciado en anteriores precedentes sobre la imposibilidad de retrotraer el proceso a sede del Juzgado de Paz cuando del mismo ya se encuentra conociendo el Juez Instructor, y la nulidad declarada recae únicamente sobre la medida cautelar. (Véase las resoluciones de las 14:00 horas del 05/III/2009, en el incidente de apelación con referencia 59-09-3; de las 15:56 horas de 24/VIII/2011, en el incidente de apelación con referencia 203-II-4; de las 14:08 horas de 15/II/2013, en el incidente de apelación con re-

ferencia 26-13-3; de las 15:32 horas de 30/X/2013, en el incidente de apelación con referencia 291-13-3]; de las 11:00 horas de 19/III/2014, en el incidente de apelación número 74-14-1; de las 11:05 de 08/IV/2014, en el incidente de apelación número 082-2014-3(4), todas pronunciadas por esta Cámara.

En igual sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en la resolución de las 09:40 horas de 26/XI/2009, en el incidente de conflicto de competencia negativa, suscitado entre los Juzgados Segundo de Paz y Segundo de Instrucción, ambos de esta ciudad.

Por lo dicho en el caso en examen, no le corresponde al Juzgado Décimo Cuarto de Paz de San Salvador reponer lo anulado sino al Juzgado de Instrucción de ese distrito judicial, debiendo dicha sede judicial en el menor plazo posible señalar fecha y hora para llevar a cabo la audiencia especial a la que se ha hecho referencia, en la cual deberá pronunciarse, de acuerdo a su criterio, lo que corresponda de forma motivada.

Dado los vicios de la resolución apelada como los efectos negativos entre los que se encuentra el recargo de trabajo al Juzgado de Instrucción antes mencionado, se recomienda al Juez […], del Juzgado Décimo Cuarto de Paz de esta ciudad el motivar en debida forma sus decisiones y evitar el exceso de transcripción de diligencias, lo cual no sustituye a la motivación.

d.- La ausencia de motivación, vuelve imposible determinar si la postura judicial es correcta o no, no pudiéndose hacer un examen crítico sobre el razonamiento del juez de primera instancia, ya que se desconoce el por qué arribó a la conclusión judicial emitida y sobre la responsabilidad omitió pronunciamiento alguno.

En la medida que falta un verdadero análisis que determine la postura de la juez en torno al por que concluye de determinada manera, resulta imposible a esta Cámara hacer el propio, porque en una apelación el análisis del tribunal ad quem supone como presupuesto que la juez a quo ya efectuó el propio, no existiendo en esta oportunidad los insumos necesarios para corroborar si el camino utilizado por la A quo para arribar a su decisión ha sido correcto o no [respetando los parámetros jurídicos, las reglas de la sana crítica, etc.], impidiendo así el control de alzada, pues, no se puede determinar lo correcto o incorrecto de una conclusión o sus premisas, si se desconocen las razones que las cimentan o justifican [no existen]."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 137-139-2019AC, fecha de la resolución: 24/05/2019

NOTARIOS

NO ES COMPETENCIA NOTARIAL REALIZAR ACTOS O INDAGACIONES MÁS ALLÁ DEL ÁMBITO DE FE, RESPECTO A SU OTORGAMIENTO EN LA FORMA, DÍA Y HORA QUE EN EL INSTRUMENTO SE EXPRESA

"Es de traer a cuenta que de conformidad al Art. 1 de la Ley de Notariado, el Notario es un delegado del Estado que da fe de los actos, contratos y declara-

ciones que ante sus oficios se otorguen. En los actos, contratos y declaraciones que autorice esta fe será también plena tocante al hecho de haber sido otorgado en la forma, lugar, día y hora que en el instrumento se expresa.

Al otorgar actos, contratos y declaraciones, no es competencia notarial realizar actos o indagaciones más allá del ámbito de fe respecto a su otorgamiento en la forma, día y hora que en el instrumento se expresa. El notario únicamente debe cerciorarse formalmente de la identidad de los comparecientes, hacer constar las declaraciones que los otorgantes expresan ante sus oficios y del cumplimiento de los requisitos formales previstos para los instrumentos públicos que menciona el Art. 2 en relación a los Art. 16 y siguientes de la Ley de Notariado."

Cámara de la Segunda Sección del Centro, número de referencia: APEL-213-2018-PN, fecha de la resolución: 19/07/2019

NULIDAD DE LA SENTENCIA

CONSIDERACIONES SOBRE SUS SUPUESTOS DE PROCEDENCIA

"Habiéndose analizado lo anterior, es relevante señalar que dentro de las facultades resolutivas que tiene esta Cámara, según lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 475 del Código Procesal Penal, que dice: "…*Según corresponda puede confirmar, reformar, revocar o anular, total o parcialmente la sentencia recurrida. En caso que proceda a revocarla resolverá directamente y pronunciará la sentencia que corresponda, enmendando la inobservancia o errónea aplicación de la ley. En caso de anulación total o parcial de la sentencia, ordenará la reposición del juicio por otro tribunal…*".

Al hacer un análisis del artículo citado en el parágrafo anterior, el legislador es claro en determinar que una Cámara puede declarar la nulidad de la sentencia vista en alzada, por el hecho de que no se cumplan los requisitos anteriores, y así lo ha confirmado la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia pronunciada el día 20/07/2011, en el proceso de referencia número 213-CAS-2007, donde dice lo siguiente: "…*Bajo ese orden de ideas, es importante recordar que para afirmar que toda resolución judicial está suficientemente motivada, y para el caso de la sentencia penal, la doctrina mayoritaria reconoce para su validez la concurrencia de elementos, como son: claridad, exactitud, licitud y legitimidad, y a su vez la descripción de cada uno de los medios probatorios que fueron producidos en el juicio, así como las deducciones producto de las probanzas, es decir, la certeza razonada y positiva contenida en el fallo, lo que significa, dar el porqué de la decisión adoptada. En consonancia con lo anterior, para que la convicción judicial esté rectamente formada y al margen de todo subjetivismo, debe apegarse a las reglas de la sana critica, siendo éstas, la lógica, psicología y la experiencia, ya que con ellas es posible controlar el pensamiento judicial, lo que conlleva, el examinar esa estructura de ideas que de manera derivada con las pruebas dan razón suficiente a la convicción que arriban los sentenciadores…con los razonamientos descritos es viable indicar que…los juzgadores se limitan a realizar un análisis de las probanzas relacionándolas de forma*

general, como se evidencia en los juicios de valor que esta Sala ha tenido a bien subrayar, aspecto que hace irrealizable el control en la aplicación de las reglas del recto pensamiento humano, ya que ni en el acta de la audiencia se refleja lo dicho por la prueba de carácter testimonial que los juzgadores señalan como de referencia, sino que sólo se contempla lo manifestado por un testigo de descargo. Ante la evidente incompleta fundamentación que presenta la sentencia, se configura el incumplimiento de los sentenciadores a su obligación Constitucional y legal de motivar sus decisiones, puesto que debió reflejar la expresión de cada elemento probatorio que desfiló en la vista pública, y las conclusiones que estos le arrojan, lo que conlleva, plasmar de razonamientos esas deducciones a las que arriban ellos, manifestando el valor que se le otorga a cada medio de prueba como producto de la contradicción e inmediación a la que fueron sometidos, ya que solo de esta forma se vuelve el contenido de la resolución expreso, claro y completo; en consecuencia y dada la deficiencia que presenta la sentencia es procedente declara la nulidad…".

Del análisis y desglose de dicha norma, se advierte que la **NULIDAD de la sentencia definitiva que se puede emitir por parte del tribunal de segunda instancia, tiene dos supuestos,** uno cuando se anula el **JUICIO** y ello provoca el reenvío reponiendo la vista pública ante otro juez o tribunal distinto del que ya conoció para que dicte nueva sentencia y el otro supuesto de anulación es cuando se manda a reponer por la falta de fundamentación, en cuyo caso le corresponde al mismo señor Juez o Tribunal."

Cámara de la Cuarta Sección del Centro, número de referencia: 422-P-18, fecha de la resolución: 05/02/2019

NULIDADES

LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD ES LA REPOSICIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO

"Se dijo previamente que el art. 144 pr. pn. impone una sanción explícita a las decisiones tomadas sin motivación: la nulidad. Una falta evidente de motivación, aparte de ser anulable en razón de lo que dispone el art. 144 pr. pn., es anulable también sobre la base de lo que dispone el artículo 346 inciso 1° del mismo código, el cual literalmente dice:

"El proceso es nulo absolutamente en todo o en parte, solamente en los siguientes, caso- 6) 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...". Estando habilitado este Tribunal para declararla, conforme a lo dispuesto en el artículo 347 inciso 1 del mismo Código.

La nulidad se identifica entonces con la sanción que se aplica al acto defectuoso, privándole de la eficacia que estaba destinado a producir y haciendo en algunos casos posible a la vez la reparación del mismo, mediante la sustitución de los actos procesales viciados por otros apegados a la ley, ya que la nulidad es un remedio para preservar la legalidad de los actos procesales y el proceso mismo.

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.***

La consecuencia de la declaratoria de nulidad de la resolución emitida por el juzgador, es la reposición del pronunciamiento, conforme a lo dispuesto en el art. 345 pr. pn."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 011-2019, fecha de la resolución: 21/01/2019

PROCEDE CUANDO SE HA REALIZADO UNA INSUFICIENTE FUNDAMENTACIÓN ANALÍTICA DE LA SENTENCIA Y POR LA INEXISTENCIA DE UN ANÁLISIS INTELECTIVO PROBATORIO TESTIMONIAL POR PARTE DEL AQUO

"a. La impetrante en el líbelo impugnativo combina dos motivos diferentes para argumentar uno solo, por lo que se advierte que la queja radica en la supuesta fundamentación insuficiente de la sentencia impugnada, por lo tanto será dicho motivo que se desarrolle por parte de esta Cámara.

b. El deber de motivación deriva de los derechos a la seguridad jurídica y de defensa, contenidos respectivamente en los arts. 2 y 12 de la Constitución.

Sobre ello la Sala de lo Constitucional 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 de marzo de 2010].

El deber de motivación aludido, en el contexto penal se encuentra contenido en el Art. 144 CPP que literalmente regula:

"Es obligación del juez o tribunal fundamentar las sentencias, los autos y aquellas providencias que lo ameriten. Igual obligación tendrán cuando tomen sus decisiones en audiencia.

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 simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no sustituirán en ningún caso a la fundamentación

La falta de fundamentación producirá la nulidad de las decisiones".

Esa disposición impone al Juzgador la imperatividad de expresar, en todas sus resoluciones, los motivos en que sustenta su decisión, sancionando con nulidad cualquier resolución judicial que no esté debidamente fundamentada, siendo además uno de los vicios de la sentencia que habilita la apelación de conformidad a lo establecido en el art. 400 numeral 4 CPP.

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,

iii. 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 orden de ideas, la Sala de lo Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en la sentencia dictada a las ocho horas y veinticinco minutos del día veintisiete de abril del año dos mil quince, en el expediente marcado bajo la referencia 298-CAS-2014, distingue que los elementos del deber de fundamentación son los siguientes:

“La fundamentación de la sentencia comprende varios componentes, incluyendo la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho histórico que sirve de base a la pretensión punitiva del Estado, incluyéndose aquí tanto la plata-

forma de hechos acusados como aquellos que se estiman acreditados (fundamentación fáctica) Ese marco histórico debe estar respaldado en un sustento probatorio; por ello, se requiere que el tribunal deje constancia de la enunciación y relación esencial del contenido de los medios de prueba (fundamentación probatoria descriptiva); así como, la valoración de todos los elementos probatorios que el tribunal tuvo a su alcance, seleccionando aquellos que sean útiles y pertinentes para determinar si los hechos acusados se produjeron o no, y si el encartado tuvo participación en ellos, siendo respetuoso de las reglas universales del correcto entendimiento humano (fundamentación probatoria intelectiva)" […].

En ese orden de ideas, cada uno de los componentes que señala 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.

c. A partir de las consideraciones desarrolladas anteriormente, corresponde entonces analizar la providencia impugnada, en cuanto a su estructura y motivación, en la cual se resolvió condenar al imputado en comento, pero antes de ello, a efecto de contextualizar los mismos, se consignarán cuáles son los hechos que fueron sometidos a juicio y que fueron acusados por la representación fiscal: […].

d. Tomando en consideración el análisis realizado anteriormente de la sentencia impugnada en cuanto a su estructura y el deber de fundamentación de la juzgadora, esta Cámara advierte que la referida sentencia es evidentemente repetitiva en cuanto a la transcripción de los hechos y la enunciación de la prueba, debido a que ha relacionado los hechos alrededor de tres ocasiones, al igual que en la enunciación de la prueba incorporada.

En el caso que nos ocupa, se comprobó la omisión de fundamentación probatoria intelectiva en la prueba testimonial, específicamente en la declaración anticipada de la víctima en Cámara Gesell, puesto que se hizo una transcripción de su contenido, sin señalar las razones por las cuales dicha declaración le merece credibilidad.

En relación con lo anterior, la juzgadora ha sustentado la credibilidad de la testigo en los siguientes motivos:

"[...] lo declarado por la menor, al Tribunal le merece credibilidad considerando que la conducta del imputado se adecua al ilícito que establece el art. 161 PN [...] lo declarado por dicha menor, y que no obstante por su corta edad, no hay una consistente ilación de ideas, en lo esencial el Tribunal ha podido apreciar su declaración anticipada por medio de Cámara Gesell, la cual es creíble por ser acorde con el resto de elementos probatorios que se han analizado los cuales ayudan a sostener su versión […]"

En ese sentido, se advierte una contradicción en la sentencia, debido que la juez como parte de su "valoración" manifiesta que no existe "una constante ilación de ideas" en la aludida deposición; sin embargo, la misma le merece credibilidad por ser acorde a la prueba que desfiló en vista pública.

Con respecto a ello, se denota que la juez no ha realizado un análisis probatorio intelectivo del contenido de la deposición en comento, debido a que debe

evaluarse la credibilidad que le asigna la A quo a la exposición de los hechos rendida por el testigo.

De ahí, que la expresión "su declaración anticipada por medio de Cámara Gesell, la cual es creíble por ser acorde con el resto de elementos probatorios" es demasiado general y abierta como para percibir qué elementos probatorios confirman la deposición de la víctima o cuáles son sus puntos en común que sostiene la versión de dicha testigo.

Cabe destacar que, es necesario constatar la existencia o ausencia de móviles personales que pudieren influir en las razones del testigo para declarar, para analizar la posibilidad de que se encuentre mintiendo o diciendo la verdad, pero deben consignarse con suficiente detalle como para permitir el control por el Tribunal de alzada, incluso cuando se encuentra observando el archivo audiovisual, con la finalidad de sustentar la credibilidad del testigo en su valoración de la prueba.

Asimismo, la determinación de la credibilidad o ausencia de la misma que, reviste la prueba, su congruencia o incongruencia y si se acoge o rechaza no es menester que sea detallada o extensa pero debe ser precisa e inequívoca para permitir que se comprenda con claridad el razonamiento del juzgador por medio del cual le otorgó valor a los elementos probatorios analizados y se denegó a los descartados.

Por todo lo desarrollado anteriormente, se desconocen las razones por las cuales la deposición de la víctima le merecen credibilidad a la juzgadora, puesto que no se hace una argumentación sobre ello que le permita estimar la acreditación de los hechos, el delito atribuido y la participación del imputado, por lo que se advierte 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 tanto, es procedente anular la decisión judicial, consistente en la sentencia condenatoria, así como el juicio celebrado por el Tribunal Segundo de Sentencia, por lo que será necesario emitir oficio a la Oficina Distribuidora de Procesos de este Centro Judicial para que se designe nuevo Tribunal, a fin que se lleve a cabo la audiencia de vista pública, con las debidas consideraciones discutidas en esta resolución.

Lo anterior, debido a que la Juez del Tribunal Segundo de Sentencia ya emitió un juicio de valor de lo que – a su criterio – es procedente, inclusive ya resolvió sobre el fondo, pues ha pronunciado sentencia condenatoria en contra del imputado en referencia."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 236-2018, fecha de la resolución: 28/01/2019

OFRECIMIENTO DE PRUEBA

FASES PROCESALES, TÉRMINOS Y EXCEPCIONALIDADES

"II) En cuanto al primer señalamiento, debe observarse que la ley franquea las fases procesales para la proposición de prueba y una vez vencidos estos

términos, las partes procesales carecen de la posibilidad de incorporar nuevas probanzas. No obstante, lo expuesto tiene un tratamiento excepcional en los siguientes casos: Que haya sido imposible obtener con anterioridad tal medio de prueba, ya sea por desconocimiento insuperable o por el nacimiento de la evidencia luego de haber precluido el término para poder ofrecerla. Se tiene dentro de este primer supuesto, la prueba superviniente o aquella que demuestra un determinado hecho, pero que al momento de cerrarse el plazo para presentar prueba ya existía, sin embargo, era desconocida o no se hallaba disponible a pesar de la actividad de las partes. Generalmente, los hechos y actos jurídicos que ocurren después del cierre del término fijado para la presentación de la prueba son inadmisibles, salvo que se demuestre irrefutablemente que son prueba de hechos o actos que ya han sucedido y que están a disposición del Tribunal (Cf. PALLARES, EDUARDO. Diccionario de Derecho Procesal, Pag.140, Editorial Porrúa, México 1990)."

CUMPLIMIENTO DE CRITERIOS DE PERTINENCIA, TRASCENDENCIA, UTILIDAD, Y LEGALIDAD, PARA LA ADMISIÓN

"1- Es necesario que se cumplan los criterios de pertinencia, trascendencia, utilidad, y legalidad, es decir, aquellas que tengan estrecha relación con el objeto del proceso, de acuerdo a los cuales el juez determinará cuando los hechos que se pretenden probar resulten relevantes y no repetitivos o sobreabundantes, para su admisión.

En ese sentido, si bien el imputado en su declaración indagatoria (Art. 92 inc. 1 Pr. Pn.) puede ofrecer prueba, dicho ofrecimiento se encuentra limitado por las circunstancias recién citadas, **las cuales deben ser atendidas a fin de respetar el debido proceso.** Por ello, si el tribunal determina que es impertinente, no es útil o los hechos que se pretenden probar resultan irrelevantes, son repetitivos o sobreabundantes, es improcedente su admisión; además, el Juez debe considerar la eficacia de la prueba, sobre el hecho al que se refiere y es imperativo analizar si se está en presencia de un hecho nuevo o necesario para mejor proveer, si la prueba no era conocida por el procesado, si surgió con posterioridad o conociendo su existencia no le fue posible su ofrecimiento."
Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente, número de referencia: 25-2019, fecha de la resolución: 02/08/2019

PENA DE PRISIÓN

FUNDAMENTOS QUE SE DEBEN TENER CUENTA PARA SU IMPOSICIÓN

"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 el 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 del 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."

ELEMENTOS A TENER EN CUENTA PARA GRADUAR LA PENA

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

Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, número de referencia: 387-2019, fecha de la resolución: 25/11/2019

LA DOSIFICACIÓN PUNITIVA RESPONDE AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PROPORCIONALIDAD

"La pena de prisión debe de garantizar la dignidad humana del ser humano a través del fin resocializador del mismo, que está planteado en el inciso tercero del Art. 27 de la Constitución de la República que establece: "El Estado organizará los centros penitenciarios con objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación *y* la prevención de los delitos". En el precepto citado anteriormente la constitución de la República es clara en establecer que la pena de prisión tiene como finalidad la resocialización del penado y la prevención del delito y que se aplicará como ultima ratio, según el principio de intervención mínima del Derecho Sancionador. La Sentencia de Inconstitucionalidad 5-2001 recoge los argumentos expuestos anteriormente respecto a la finalidad de la pena de prisión, siendo contradictorio pensar que la pena de prisión, según las circunstancias que rodean las prisiones en el país, permitan la resocialización del penado, ya que la conminación al interior de los centros penales, la carencia de condiciones necesarias para garantizar la vida

digna lesionan una serie de derechos inherentes al ser humano, entre ellos la dignidad humana, estipulada en el Art. 1 de la Constitución de la República y 2 del Código Penal; por lo que para los casos en que no exista una afectación mayor o relevante de un bien jurídico tutelado podrá prescindirse o sustituirse la misma por cualquier otra pena otra medida ex carcelaria. Al respecto el jurista alemán HANS WELZEL, en su obra Estudios sobre el Sistema del Derecho Penal dijo que al imponer una pena de prisión que no garantice la resocialización de condenado, se instrumentaliza al mismo, y al objetivizar al penado se deshumaniza la pena de prisión quebrantando la finalidad de la misma.

En nuestro Código Penal, se establecen en los Arts. 62 y 63, las reglas a las que están sujetos los jueces para la imposición de la pena, siendo éstos, el principio de legalidad y el criterio de proporcionalidad. El principio de legalidad hace alusión a que la pena debe fijarse dentro de los límites establecidos por la ley, y el criterio de proporcionalidad a que ésta responda a la gravedad del delito y la culpabilidad del autor, entendiéndose que en esa última se incluye la garantía de compensación, es decir la retribución del ilícito, así como la necesidad de prevención especial, que enmarca los efectos de la pena para la reinserción del condenado.

Entre dichos parámetros para la fijación de la pena, de conformidad a lo establecido en el Art. 63 del Código Penal, se valoran los siguientes elementos: 1) La extensión del daño y del peligro efectivo provocados. Precisamente acá se valora que se efectuaron de parte de los procesados lesiones al bien jurídico de la autonomía personal de la víctima, con las amenazas que ejercieron los mismos contra esta, a quien coaccionaron y amenazaron a entregar cantidades de dinero a cambio de no atentar contra su vida y la de su familia, o de lo contrario atentarían contra sus vidas. Además el peligro efectivo se materializó con las negociaciones que fueron retomadas por el agente negociador con los extorsionistas y procesados, quienes citaron a este a una entrega real y material de dinero producto de dichas exigencias ilícitas. 2) la calidad de los motivos que impulsaron los hechos. En este punto se valora que se desplegaron una serie de amenazas de atentar con la vida de la víctima y su familia de parte de los extorsionistas y procesados, ante la negativa de no realizar entregas de dinero, se trata de sujetos pertenecientes a grupos criminales, bien organizados para la materialización de este delito, que causan zozobra y pánico en sus víctimas. 3. La mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho. Como se dijo anteriormente, se trata de grupos criminales, bien organizados para la materialización de este delito, que causan zozobra y pánico en sus víctimas, son personas mayores de edad, inimputables y con pleno conocimiento de sus acciones y finalidades delictivas. 4. Las circunstancias que rodearon el hecho y en especial las económicas, sociales, y culturales del autor. Acá d igual forma se valora que se trata de sujetos plenamente organizados, que residen en comunidades urbanas. Y 5. Las circunstancias atenuantes o agravantes, cuando la ley no las considere como elementos del delito o como circunstancias especiales. Acá se valora que no existen atenuantes para la comisión del hecho, ya que el hecho está plenamente consumado al violentar el bien

jurídico pluri-ofensivo que protege el delito de extorsión en la nueva ley especial, contrario a la tentativa manejada por la jueza a quo, por no haber atentado contra el patrimonio de la víctima, entendiendo que se trata ahora de un todo unitario en relación a la autonomía personal de la víctima.

Las anteriores circunstancias aluden al grado del injusto o al grado de responsabilidad del agente. Las primeras hacen una clara referencia a la cuantía del injusto, es decir al grado de antijuridicidad, de contrariedad de la conducta con el derecho, con el orden jurídico. Las segundas, buscan medir la capacidad para delinquir del agente, deducida de factores que hayan actuado de manera de no quitarle al sujeto su capacidad para dominarse a sí mismo y superar el ambiente. No se pretende averiguar si el agente podría o no cometer en el futuro ulteriores delitos, sino que debe analizarse el grado de maldad que el agente demostró en la perpetración del delito que trata de castigarse. Se observa el pasado y no el futuro.

En consecuencia, fin de la pena de prisión no es únicamente imponer una penalidad como retribución del injusto, consecuencia jurídica que recae en la potestad jurisdiccional y que fundamenta el "ius puniendi" estatal. Y es que la motivación realizada acertadamente en cuanto a la pena de prisión es simbólica y no retributiva, y que debe de aplicarse garantizando la dignidad humana del penado y las circunstancias particulares que atendieron el hecho."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-1-2019, fecha de la resolución: 18/02/2019

PERSONA JURÍDICA COMO IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL

LA IMPUTACIÓN RECAE SOBRE EL REPRESENTANTE LEGAL QUE FUNGE COMO TAL EN EL MOMENTO DE LA COMISIÓN DEL DELITO

"1. En principio, es importante recordar que el Sobreseimiento Definitivo, el cual generalmente tiene lugar en la llamada fase intermedia, una vez terminada la Instrucción y provoca la terminación anticipada del proceso e imposibilita, una vez firme, que se pueda iniciar otro proceso sobre los mismos hechos y contra el mismo imputado; de modo que se desvincula totalmente al encausado de la relación procesal, absolviéndolo anticipadamente de los cargos que se le imputan, como consecuencia de que la investigación ha alcanzado un grado de certidumbre suficiente como para admitir que ninguna investigación ulterior va a hacer variar la situación; es decir, que produce efectos de una verdadera sentencia definitiva absolutoria, con carácter anticipado. Las hipótesis en que procede, de conformidad al Art. 350 Pr. Pn., son sustantivas y procesales.

2. En el presente caso, se advierte que la señora Juez Instructora, basa su decisión en el Art. 350 N ° 1 Pr. Pn., debido a que, a su parecer, en los hechos atribuidos no ha participado el acusado.

Al respecto, es preciso advertir que los hechos acusados consisten, en esencia, en que las sociedades que están siendo involucradas contrataron a otra sociedad (EQUICON S. A. de C.V.) para hacer trabajos de acondicionamiento en un predio propiedad de la sociedad víctima, sin que esta haya autorizado que en

sus inmuebles si hiciera obra alguna para tales efectos, como decir, excavaciones o talas de árboles, y esto más bien, ocasionó deterioro en el bien, cuantificable económicamente en un valor superior a los doscientos colones. Esos hechos materiales, según lo descrito en la acusación se ejecutaron, entre los días diecinueve de Mayo de dos mil quince al veintiuno de Mayo de dos mil quince.

En ese sentido, es preciso advertir que conforme al Art. 80.3 Pr. Pn.: "… Cuando la comisión de un hecho delictivo se atribuyere a persona jurídica, tendrán la calidad de imputados las personas que acordaron o ejecutaron el hecho punible…"

Véase que, en el marco del proceso penal, tratándose de un hecho delictivo se atribuya persona jurídica, pueden perseguirse a las personas naturales que hayan acordado o, en su caso, que hayan ejecutado el hecho punible. Lo cual se muestra en concordancia con que establece el Art. 38 Pn., en cuanto prescribe que: "…El que actuare como directivo, representante legal, o administrador de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieren en la persona en cuyo nombre o representación obrare…"

De lo mencionado hasta acá, es importante señalar que el directivo, representante legal, o administrador de una persona jurídica, responde penalmente si para el tiempo del acuerdo o de la ejecución del hecho punible, ha estado en posesión del cargo en razón del cual se le atribuye.

Así se ha resuelto por parte de esta Cámara en casos concretos, v. gr. El resuelto bajo referencia P-141-SD-2012-CPPV, en el que se dijo: "…En el caso en examen, definitivamente los hechos sucedieron antes que el imputado (…) tomara posesión del cargo de Director Presidente de la Cooperativa, (…); en ese sentido, no es posible la aplicación del Art. 38 del Código Penal, ya que si bien es cierto que las personas jurídicas, responden a través de sus representantes legales, la responsabilidad penal es personal, tal como lo ha dicho la Defensa Técnica del imputado, por lo que deberá responder quien haya realizado los actos ejecutivos, en nombre y representación de la persona jurídica, pero en el espacio y tiempo en que se realizaron esos actos, por lo que no es posible entonces, imputar una responsabilidad al señor (…), cuando él aún no fungía en ese cargo…".

3. En ese sentido, se ha verificado en el presente caso que el señor [...], fue representante legal de LA GEO, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, que se abrevia "La Geo, S. A. de C.V." desde el día uno de Enero de dos mil diecisiete hasta el día once de Junio de dos mil diecisiete (Fs. 188 / 189 de la primera pieza del proceso) y de "SAN VICENTE 7, INC., SUCURSAL EL SALVADOR", lo fue desde el día uno de Enero de dos mil diecisiete (Fs. 192 de la primera pieza del proceso) hasta el nombramiento de su sucesor o remoción anticipada.

Antes de eso, desde el día veintisiete de Mayo de dos mil quince (Fs. 156 de la primera pieza del proceso), hasta el día treinta y uno de Diciembre de dos mil dieciséis, el señor [...], era el representante legal de LA GEO, SOCIEDAD

ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, que se abrevia “La Geo, S. A. de C.V.” (Cargo al que renunció) y de “SAN VICENTE 7, INC., SUCURSAL EL SALVADOR”, lo fue en el año dos mil catorce (Fs. 183 vuelto de la primera pieza del proceso) y para la época en que se celebró el contrato en virtud del cual se realizaron los trabajos que provocaron el delito juzgado (Fs. 610 / 632 de la cuarta pieza del proceso).

4. Por su parte, aparece de los folios últimamente mencionados, que fue solamente la Sociedad “SAN VICENTE 7, INC., SUCURSAL EL SALVADOR”, que contrató a EQUICON S. A. de C.V. para realizar los trabajos que provocaron los hechos y delito juzgado y fue en el día catorce de abril de dos mil quince (Fs. 611 vuelto de la cuarta pieza del proceso) que el directorio de “SAN VICENTE 7, INC., SUCURSAL EL SALVADOR”, acordó celebrar ese contrato.

5. En consecuencia, con lo admitido por la propia Fiscalía General de la República y de lo relacionado en los párrafos anteriores, se advierte que el señor [...], ni acordó realizar ni ejecutó el hecho punible, pues para el tiempo de los hechos, no era el representante legal (calidad por la que se le procesa) de “SAN VICENTE 7, INC., SUCURSAL EL SALVADOR”, que es la sociedad directamente involucrada; y por consiguiente, la resolución apelada debe confirmarse, pues desde este momento procesal se puede advertir que dicho procesado no intervino en representación de ninguna de las sociedades incriminadas ni en el acuerdo ni en la ejecución del hecho punible. “

Cámara de la Tercera Sección del Centro, número de referencia: P-18-SD-2019, fecha de la resolución: 29/01/2019

PLAZOS MUERTOS

CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES Y SU RESPECTIVA CONCEPTUALIZACIÓN

“Respecto a los reclamos de Habeas Corpus de pronto despacho, la jurisprudencia constitucional del país, ha señalado que el efecto de las sentencias favorables que deciden este tipo de procesos es que, ante el retraso de una resolución, informe o cualquier providencia que se espera le genere beneficios, que se obtenga una contestación a la brevedad posible, ya sea que se estime o deniegue lo pedido, con lo cual si bien no hay certeza de conseguirse el restablecimiento de la libertad personal, se logra una respuesta sobre lo requerido, que pueda llegar a producir incidencia en el ejercicio de ese derecho - v. gr. HC 41-2014 de fecha 11/06/2014.

Ahora bien, para “”””””calificar el concepto de plazo razonable, en contraposición con el de dilación indebida, se debe tener en consideración los siguientes elementos: (a) que dentro del proceso penal no existan “plazos muertos” que hagan considerar que la prolongación del proceso obedece a la negligencia del juzgador, que de forma injustificada, dejó transcurrir el tiempo sin impulsar de oficio el procedimiento, sin emitir una resolución de fondo, u omitió adoptar medidas adecuadas para conceder la satisfacción real y práctica de las pretensiones de las partes; (b) la complejidad fáctica del litigio, atendiendo a cuestiones

como el número de imputados, las circunstancias en que acontecieron o que rodearon los hechos, y dificultades en la recolección probatoria; y (c) la actividad de las partes, cuyos comportamientos u omisiones hayan provocado intencionalmente la dilación. "(Consúltense las Sentencias HC 39-2008, de las 12:38 del 25/03/2010 y HC 22-2009 de las 12:45 del 19/08/2011).

En otras palabras, los plazos muertos, no son más que "períodos relevantes de tiempo en los que el proceso ha permanecido totalmente paralizado, sin que se ejecute ninguna actividad de índole procesal concerniente a la causa penal y que, además, la actividad procesal o impulso procesal que debía llevarse a cabo incumbiere directa y obligatoriamente al juzgado o tribunal jurisdiccional conocedor de la causa. " (Así lo establece la Sentencia HC 219-2010, de las 12:08 del 09/05/2012).

Véase que, resalta como característica principal de los denominados "plazos muertos", el hecho de que la dilación producida entre un acto procesal y otro carezca de una causa que la justifique y así lo ha expresado la Sala aludida, en diversas sentencias entre ellas las siguientes: HC 154-2008 de las del 13:52 del 15/06/2011; y HC 66-2008, de las 13:59 del 08/06/2011; pero, también en dichas resoluciones se ha afirmado que "es la casuística la que determina frente a excesos en los plazos procesales, la existencia o no de violaciones constitucionales."

Sin embargo, a título de ejemplo, es un criterio de la Sala en comento que "el señalamiento de la carga laboral como sustento de la dilación en el proceso, no es apto para tener por justificado el retardo en la emisión de la resolución respectiva." (Sentencias HC 246-2011, del 11/07/2012; HC 185-2008, del 10-2-2010 y HC -154-2009 del 16/6/2010).

El punto ahora es establecer ¿Cuáles son los derechos o garantías que afectan la existencia de plazos muertos en un proceso penal?

Como hemos visto, la autoridad judicial debe procurar no exceder injustificadamente los procesos penales, es decir, debe evitar que tengan lugar esos plazos muertos, porque: "Este tipo de retrasos inciden de manera directa en el derecho de defensa en juicio, puesto que impiden al imputado obtener —con la celeridad que el caso específico amerite- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal." (V.gr. Sentencias HC 50-2011, de las 15:00 del 04/06/2014; HC 99-2010 de las 12:54 del 20/08/2010).

Igualmente, se ven afectados el derecho a la protección jurisdiccional, que incluye el derecho a recurrir - Como cuando se dilata injustificadamente la redacción de la sentencia, véase sentencias HC 66-2010 de las 12:52 del 18/08/2010; HC 22-2013 de las 12:21del 10/04/2013 -, el debido proceso (Sentencia HC 21-P-96. Urías vs. Juzgado Segundo de lo Penal de Zacatecoluca, de las 09:10 del 07/10/1997) y, obviamente, por efecto reflejo la libertad ambulatoria. (Sentencia 126-2010R de las 12:51 del 27/10/2010; HC 182-2013 de las 12:39 del 13/09/2013).

En el presente caso y de conformidad a los informes presentados por todas las partes y que ya fueron relacionados, se observa que no han existido plazos muertos en el presente caso, por cuanto la señora Juzgadora ha resuelto los escritos del peticionario, pues según página dos del escrito de defensa, la juz-

gadora resolvió lo solicitado explicando las razones para hacerlo; asimismo su pretensión principal de que se realizaría un Audiencia Especial para la realización de un procedimiento abreviado también fue resuelta de manera estimativa de conformidad con el auto de las nueve horas del día tres de Diciembre de dos mil dieciocho en donde se señaló la Audiencia especial para el día catorce de Diciembre del mismo año, y que si bien fue suspendida por la tramitación del presente habeas corpus, su pretensión ya había sido resuelta.

Teniendo en consideración lo anterior, esta sede judicial determina que en el Juzgado Primero de Instrucción de San Vicente, ni siquiera existía agravio constitucional al momento de admitir la demanda, pues la petición "de la realización de única especial para la realización de un procedimiento abreviado del cómputo" estaba resuelta.

Lo dicho, por consiguiente, genera la imposibilidad de emitir una sentencia de fondo en la que se examine la constitucionalidad de la situación expuesta por los pretensores y, en consecuencia, debe sobreseerse."

Cámara de la Tercera Sección del Centro, número de referencia: 18-EXH-2018, fecha de la resolución: 03/01/2019

POSESIÓN Y TENENCIA CON FINES DE TRÁFICO

CONSIDERACIONES SOBRE EL TIPO PENAL PARA DETERMINAR LA INTENCIÓN DE TRÁFICO

"En ese orden, véase que el delito de **POSESION Y TENENCIA**, previsto en el art. 34 LRARD regula que: *"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 y multa de cinco a mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes. 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. Cualesquiera que fuese la cantidad, si la posesión o tenencia es con el objeto de realizar cualesquiera de las actividades señaladas en el artículo anterior, la sanción será de **seis a diez** años de prisión; y multa de diez a dos mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes*."

El delito de **POSESION Y TENENCIA**, como todo tipo penal tiene sus propios requisitos normativos y descriptivos, así como subjetivos y objetivos y estos son: **1**-El sujeto activo del delito no debe estar autorizado para poseer o tener drogas, **2-**Debe tener la droga dentro de la esfera de su seguridad, disponible, ya sea bajo el verbo rector "poseer" o bajo el verbo "tener", **3**-Debe acreditarse que esa evidencia en poder del sujeto activo **es en efecto droga**, de las prohibidas por la ley especial, **4**-el sujeto activo del delito debe actuar con dolo directo o dolo eventual, y **5-** además del dolo, se requiere otro elemento **subjetivo especial como es la "intención de tráfico"**, lo cual no es nuevo, en tanto el tipo penal siempre lo ha previsto en el art. 34 LRARD como un elemento subjetivo especial.

En ese orden de ideas el tipo penal prevé **tres incisos** cuya diferencia está relacionado **sólo en la cantidad de droga**, lo cual incidirá para efectos penológicos, es así que para respetar el principio de prohibición de responsabilidad objetiva el tipo penal **debe ser interpretado** que esa posesión y tenencia **en cualquiera de los incisos** debe estar pre-ordenada a traficar droga, o sea debe de ser con la intención de traficar, ninguno de los incisos puede tener otra interpretación distinta, pues la conducta de posesión y tenencia **para consumo es atípica**, por tratarse esos casos de una conducta auto-referente; en ese orden dada esa "***intención de tráfico"*** es evidente que estamos ante un delito mutilado en dos actos como lo menciona la doctrina, en el sentido que el primer acto (la posesión o tenencia) sirve para realizar un segundo acto por el mismo sujeto (que es la simple intención de traficar), cuya realización (o sea el traficar) no exige el tipo penal que en efecto se ejecuta, "basta la intención", al cual le es suficiente la ejecución del primero ***con la intención*** de efectuar el segundo, (Lecciones de Derecho Penal, Ignacio Berdugo ********** de la Torre y otros, pág. 166.); lo anterior debe quedar claro en tanto no se necesita probar que la persona traficó, basta probar que la "**intención"** era esa y esa intención puede acreditarse con prueba indiciaria.""

TRIBUNAL DE ALZADA CONFIRMA LA PENA IMPUESTA AL IMPUTADO

"Respecto de ese argumento es preciso decir, en primer lugar, que para la imposición de la pena se debe atender a lo establecido en el Art. 63 del Código Penal, el cual establece: "***La pena no podrá exceder el desvalor*** *que corresponda al hecho realizado por el autor y será proporcional a su culpabilidad. 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".*

En ese orden, conforme al inciso tercero del Art. 34 LRARD, el delito de Posesión y Tenencia con Fines de Tráfico, está sancionado con una pena que oscila entre **seis y diez años de prisión,** tal como lo manifiesta el señor juez en su sentencia; verificando que el juzgador se decantó por imponer **la pena de siete años de prisión** al imputado (…), luego de fundamentar la misma, entre otros aspectos, en que *"…no se puede concluir que concurran circunstancias atenuantes o agravantes…se tiene que el hecho injusto tiene una gravedad meridiana, no existiendo mayores desvalores en la culpabilidad…",* siendo que ese **monto de la pena impuesto resulta razonable y atinado,** incluso hasta mínimo, pues se le hace ver al recurrente, que la pena que correspondía era una pena **media,** y el señor juez le aplicó una pena menor a la media, en tanto existen criterios adoptados a nivel judicial de que cuando no concurre ninguna circunstancia que modifica la responsabilidad penal, es decir atenuantes ni agravantes, como sucede en el presente caso, la pena que se debe imponer es **la**

media, sin embargo en razón del principio ya antes mencionado de la reformatio in pejus, está Cámara debe confirmar la misma.

Por lo tanto, es razonable la pena de siete años de prisión que le fue impuesta al apelante."

Cámara de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, número de referencia: 368-P-18, fecha de la resolución: 26/04/2019

RELEVANCIA DE LA CANTIDAD DE LA DROGA

"Así tenemos que el Art. 33 LRARD, en lo pertinente expresa:

"El que sin autorización legal adquiriere, enajenare a cualquier título importare, exportare, depositare, almacenare, transportare, distribuyere, suministrare vendiere, expendiere o realizare cualquier otra actividad de tráfico, de semillas, hojas, plantas, florescencias o las sustancias o productos que se mencionan en esta Ley, será sancionado con prisión de diez a quince años y multa de cincuenta a cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes (...)".

Según la descripción del tipo penal de TRÁFICO ILÍCITO, las acciones o conductas típicas son: **adquirir, enajenar, importar, exportar, depositar, almacenar, transportar, distribuir, suministrar, vender, expender y cualquier otra actividad de tráfico;** o sea, por tráfico debe entenderse cualquier actividad de comercio, transporte, negociación o contrabando, que procure el suministro de droga a los consumidores.

Advirtiéndose que el legislador no estableció diferencia respecto de la cantidad de droga como elemento configurativo del delito; al interpretar el referido tipo penal, se colige que la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas únicamente se interesa en castigar todas aquellas conductas que impliquen un peligro para la salud de los habitantes de la República, como bien público establecido en el Art. 65 de la Constitución.

En ese sentido, si las conductas descritas en el tipo penal en comento son típicas, es necesario que existan evidencias con la finalidad de tráfico, donde concretamente se refleje un peligro a la salud, mediante la distribución de la misma a terceros, sean estos consumidores finales o intermediarios en dicho tráfico.

No obstante, hay otras conductas que no representan actos de tráfico en sí, como la acción de transportar, si la cantidad incautada es escasa y no existe seguridad que la finalidad del sujeto activo sea trasladarla a terceros. De ahí que en estos casos es relevante tomar en cuenta la cantidad de droga para establecer el fin propuesto por el sujeto activo.

En cuanto al objeto sobre el que recae la acción, lo constituyen las semillas, hojas, plantas, florescencias o las sustancias o productos que se mencionan en la ley especial citada.

A diferencia de lo dicho respecto al delito de Tráfico Ilícito, en el de Posesión y Tenencia, el Art. 34 LRARD, dice:

"El que sin autorización legal posea o tenga semillas, hojas, florescencias, plantas o partes 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 y multa de cinco a mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes.

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 salados mínimos mensuales urbanos vigentes.

Cualesquiera que fuese la cantidad, si la posesión o tenencia es con el objeto de realizar cualesquiera de las actividades señaladas en el articulo anterior, la sanción será de seis a diez años de prisión; y multa de diez a dos mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes".

En la disposición antes transcrita, el legislador hace diferenciaciones con relación a la cantidad de droga para agravar la pena del delito y emitió la estipulación expresa que implica la posesión y tenencia de cualquier cantidad, estableciendo una pena de uno a tres años de prisión a quien posea o tenga cantidades menores de dos gramos; si la cantidad es igual o mayor a dos gramos la pena es de tres a seis años de prisión; y se agrava aún más (de seis a diez años), si la posesión o tenencia de cualquier cantidad de droga es con la finalidad de realizar cualquiera de las conductas descritas en el delito de Tráfico Ilícito."

JUICIO DE TIPICIDAD

"La tipicidad del delito de Posesión y Tenencia, tiene la característica de ser un delito de mera actividad y para su comisión no se requieren medios específicos, pero es indispensable establecer la existencia del objeto material, consistente en la droga o sustancia prohibida por la ley.

La Posesión y Tenencia como elemento objetivo del delito implica que haya una relación de disponibilidad entre el sujeto activo y el objeto material de la acción; por cuanto, este delito puede darse mediante dos modalidades: **la posesión y la tenencia.**

Para configurar la **posesión,** es necesario establecer el dominio que el sujeto activo tiene sobre la droga, demostrándose que la misma se encuentra dentro del ámbito de disposición del sujeto; o en las palabras de Francisco Moreno *"no resulta imprescindible la tenencia material de la droga para que pueda hablarse de posesión, pudiendo equipararse a dicha situación la existencia de un poder de disposición sobre la misma, sujeta* a *la voluntad de una persona, aunque en realidad sean otros los custodios efectivos de la sustancia";* mientras que **la tenencia** implica llevar consigo en una parte del cuerpo la droga en cuestión, de manera que pueda establecerse materialmente la relación sujeto activo y objeto material.

III. Según los argumentos antes expuesto, basta que el sujeto activo realice cualquiera de los verbos utilizados por el legislador al describir las conductas típicas, para que su actuación se adecue al marco señalado en cada uno de los preceptos legales citados.

En el presente caso, en el apartado de la sentencia denominado como "DETERMINCIÓN DEL HECHO ACREDITADO", se advierte que el a quo estableció lo siguiente: "Que el día treinta de marzo del año dos mil dieciocho, la Delegación Policial del Municipio de San Miguel, se encontraba realizando patrullaje preventivo, a eso de las diecinueve horas con cero minutos aproximadamente, sobre la calle principal del Cantón ******, Municipio de Quelepa del Departamento de

San Miguel, se encontraba un grupo de personas del sexo masculino, por lo que proceden a mandarle los comandos verbales los cuales no acataron, dándose a la fuga sobre la misma callé, dándoles alcance a uno de ellos **(DAGL),** quien transportaba colgando de su espalda una mochila una porción mediana de material vegetal, compactada de forma ovalada en el interior de plástico transparente, sujeta con cinta adhesiva; asimismo, pequeñas porciones de material vegetal cada una de ellas en el interior de pequeños recortes de plástico transparentes anudados entre sí, todas en el interior de una bolsa plástica color negro tipo gabacha, (...) y por la presunción que dicho material vegetal encontrado podría tratarse de algún tipo de droga, (...) le manifiestan los elementos de seguridad al señor **GL,** que quedaría detenido y se trasladaría a la Sección Antinarcóticos de la Delegación de la policía Nacional de San Miguel, y al realizar la prueba de campo a las porciones incautadas de material vegetal dando un resultado positivo con orientación a **DROGA MARIHUANA,** acto seguido se procedió a tomar al azar una de las porciones pequeña de material vegetal, de la cual también manifestó el Agente investigador haber obtenido un resultado positivo con orientación a **DROGA MARIHUANA,** y por los resultados obtenidos en las pruebas de campo a eso de las veintiuna horas con cero minutos proceden los elementos policiales a manifestarle al señor **GL** que quedaría detenido por atribuírsele el delito de Posesión y Tenencia Ilícita de Drogas".(sic),

IV. En ese contexto, no es posible evidenciar ninguno de los verbos requeridos para calificar la acción del enjuiciado como Tráfico Ilícito (Art. 33 LRARD), pues no existen elementos probatorios demostrando claramente si transportaba o distribuía la droga, dado que en el acta de remisión aparece que los agentes captores HMVG y RAPC, expresaron que al momento que realizaban patrullaje preventivo sobre la Calle Principal del Cantón ******, Quelepa, se **encontraba** un grupo de personas, entre ellos el acusado, quienes al mandarle los comandos verbales no los acataron, dándose a la fuga sobre la misma calle, persiguiéndolos **alcanzando al imputado quien transportaba una mochila** colgando de su espalda, al registrarla en su interior se encontró una porción mediana de material vegetal, compactada de forma avalada, sujeta en su entorno con cinta adhesiva color beige; y siete porciones pequeñas de material vegetal, cada una de ellas en pequeños recortes de plástico transparente, anudados entre sí, todas dentro de una bolsa plástica tipo gavacha.

En su declaración el señor HMVG, dijo:" **D portaba una mochila y estaba como distribuyendo a otros jóvenes";** es decir, inicialmente el testigo relacionó que al momento del hecho el acusado se encontraba entre un grupo de personas; luego, indica que cuando el imputado huía del lugar transportaba una mochila con la droga; además que estaba "como distribuyendo a otros jóvenes", no relaciona haber observado al acusado desplazarse por la calle en mención, ni el origen y destino que tenía éste.

No obstante, el apelante en su recurso indicó que la conducta atribuida al imputado se enmarca en el verbo "transporte", al exponer que: "(...) el imputado (…) realizo una labor de desplazamiento de ustancias prohibidas desde su lugar de origen (...) hasta donde fue intervenido en la Calle Principal del Cantón ******, (...) Quelepa (...) es decir trazando el endilgado con su conducta incluso despla-

zamiento a fin de llevar su cometido del verbo rector transporte y distribución de droga (..)"."

CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL ALCANCE DEL VOCABLO TRANSPORTE

"En ese orden, resulta indispensable relacionar que la palabra **"transportar",** significa: ***"Llevar a alguien* o *algo de un lugar a otro"*** (Real *Academia de* la Lengua Española), entendida dicha acepción como una de las actividades de tráfico, donde la doctrina acepta que: ***"en el ámbito de los delitos relativos a las drogas, tal expresión incluye todas las actividades implicadas en el traslado de la posesión de tales sustancias entre unas y otras personas o de un lugar a otro, siempre que, en este caso, su fin último sea aquel trasiego".*** (Revista Justicia de Paz, No. 11, Luis Rueda García, Consideraciones Sobre los Delitos Relativos a las Drogas, Pág. 165).

De tal manera, que la argumentación del acto de transportar sustancias prohibidas no debe equipararse bajo el concepto simplista de trasladar de un lugar a otro la referida sustancia. Según la apreciación doctrinaria de Luis Fernando Rey Huidobro, en su obra "El delito de tráfico de drogas", (página 36), el transporte vale tanto como la acción de trasladar droga de un punto a otro, con la ulterior finalidad de transmisión a otro u otros o sea, que para adecuar la conducta de un imputado al "transporte" exigido por el delito de "tráfico ilícito", como una etapa o paso dentro del ciclo de la narcoactividad, es menester que la función del sujeto sea precisamente la de llevarla de un lugar específico hacia otro claramente determinado (esto tiene que ser legalmente comprobado).

El elemento subjetivo del tipo de tráfico ilícito, requiere para el caso del transporte, que el sujeto activo conozca y quiera llevar a cabo el traslado de drogas, abarcando dentro de ese conocimiento que el producto transportado es para la distribución, comercio y consumo de terceros, constituyéndose así como parte de la estructura del tráfico de drogas.

Según la actual línea jurisprudencial de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, el traslado de droga debe acompañarse del **dolo de tráfico,** que en otras palabras implica lo siguiente: *"(...) el propósito subjetivo de obtener lucro con la droga en sí y con el producto de su venta; incluso la intención puede abarcar la acción de donación, que obviamente no persigue un fin netamente lucrativo (...) en todas las conductas de tráfico, se exigirá para que sean punibles, la demostración de la existencia del ánimo dirigido a promover o facilitar el consumo ilegal de drogas (...)"(113-CAS-2011* de fecha 24/03/2014).

En ese contexto, en el caso objeto de análisis, no se ha comprobado el verbo transportar que requiere el tipo penal de Tráfico Ilícito.

También aduce el impetrante que se estableció la distribución de drogas con el testigo HMVG, quien declaró que el imputado "portaba una mochila y estaba como distribuyendo a otros jóvenes". Al respecto este Tribunal determina que si bien el acusado le fue incautada una porción mediana de material vegetal semicompactada en forma ovalada, envuelta en el interior de plástico transparente sujetada con cinta adhesiva color beige; y siete porciones pequeñas de material

vegetal, cada una en el interior de recortes de plástico transparente anudadas entre sí, todas en el interior de una bolsa plástica, tipo gabacha, color negro, estas **se encontraron al interior de la mochila que llevaba en su espalda el encausado;** en ningún momento fue sorprendido con droga en sus manos o que se las estuviera entregando a los otros sujetos con los que estaba reunido y la expresión **"como distribuyendo"** utilizada por el testigo, es una especulación o apreciación subjetiva, pues no existe evidencia de que efectivamente se estuviera realizando una distribución. En virtud de ello, no se puede tener por establecido de manera automática que se acreditó una distribución, pues lo que quedó demostrado, según la relación fáctica y prueba testimonial, es que el acusado se encontraba entre un grupo de personas, sobre la calle principal del Cantón ******, Quelepa, a los cuales los agentes policiales les mandaron los comando verbales y no los acataron, dándose a la fuga sobre dicha calle, alcanzando al acusado, quien llevaba en su espalda una mochila que en su interior contenía la droga antes mencionada, por lo que el verbo rector "distribución" no se estableció, por ende no se comparte el argumento alegado por el impetrante."

IMPOSIBLE CALIFICAR LOS HECHOS COMO TRÁFICO ILÍCITO, ANTE LA AUSENCIA DE LA CONDUCTA TÍPICA TRANSPORTE

"V. Al no haberse incorporado al juicio evidencias suficientes que establezcan el transporte o traslado de la droga de un lugar a otro, ni la distribución de dicha sustancia, no se configuran los elementos constitutivos del delito de Tráfico Ilícito; pues para que se ajustara la conducta atribuida al procesado a dicha infracción, la representación fiscal debió ofrecer prueba que le diera certeza al juzgador que se configuraba cualquier verbo redor previsto en el Art. 33 LRARD.

Bajo esos parámetros se estima que no procede en el caso en estudio el cambio de calificación de Posesión y Tenencia, a Tráfico Ilícito, como lo pretende la representación fiscal.

VI. Este Tribunal considera que los hechos que se han logrado establecer con las probanzas desfiladas, se adecuan al ilícito de **Posesión y Tenencia (de droga) con Fines de Tráfico** (Art. 34 inc. 3° LRARD); este delito en tanto constituye una intención proyectada sobre hechos futuros, difícilmente puede ser acreditado mediante prueba directa; en este punto toma relevancia la probanza de carácter indiciario; es decir, a través de datos externos y suficientes es posible inferir dichas circunstancias respecto de conductas anteriores o simultáneas a la tenencia o posesión de la droga. En otras palabras el juzgador, a través del análisis de ciertos criterios o parámetros, puede deducir ese ánimo de tráfico."

PARÁMETROS PARA DETERMINAR EL ÁNIMO DE TRAFICAR

"Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se utilizan como parámetros para determinar el ánimo de traficar, los siguientes: a) El tipo de droga; b) ocupación conjunta de varias sustancias; c) su presentación o forma de distribución; d) la tenencia de instrumentos o de materiales relacionados para la elaboración o distribución de la droga; e) el lugar y momento donde se ha realizado la incauta-

ción de la droga; f) la condición de drogodependiente o no del poseedor; y otros. No es necesario la materialización de todos los criterios de valoración referidos sino de algunos de ellos para poder sustentar o inferir el ánimo o intención de traspaso de la droga a terceros.

En el presente caso, si tomamos en cuenta la **cantidad** de la droga (439.9 gramos), con la cual se pueden confeccionar 878 cigarrillos, se evidencia que la misma rebasa los fines de consumo propio, más aún cuando no se ha acreditado en el juicio que el imputado es un consumidor; el **valor económico** que asciende a $500.57; su **presentación** una porción mediana de material vegetal semicompactada en forma ovalada, envuelta en el interior de plástico transparente sujetada con cinta adhesiva color beige; y siete porciones pequeñas de material vegetal, cada una en el interior de recortes de plástico transparente anudadas entre sí, todas en el interior de una bolsa plástica, tipo gabacha, color negro, evidencias que se encontraron al interior *de* una mochila; **hora y lugar de incautación** a las diecinueve horas, en la Calle Principal del Cantón ******, Quelepa, siendo una calle pública; y concurre las circunstancia de que estaba reunido con otros jóvenes; de todo ello, se extraen indicios suficientes con los cuales se establece ese plus de finalidad que se requiere en las actividades propias del tráfico en general, infiriéndose que la droga encontrada al acusado, se poseía con fines de tráfico."

PROCEDE EL CAMBIO DE CALIFICACIÓN DEL DELITO Y AJUSTE DE LA PENA ANTE LA DESACERTADA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

"Acotado lo anterior, se considera que el juzgador aplicó erróneamente el Art. 34 inc. 2° e inobservó el Art. 34 inc. 3°, ambos de la LRARD. En ese orden, se estima atendible el motivo invocado por el apelante; de igual manera, resulta procedente el cambio de calificación del delito, y no obstante el recurrente solicita se tipifique el Art. 33 LRARD, esta Cámara es del criterio que los hechos encajan en el Art. 34 inc. 3° de la referida ley, por configurarse una posesión con fines de tráfico.

En suma, esta Instancia de acuerdo al Art. 475 inc. 2° Pr. Pn., rectificará la errónea aplicación del Art. 34 inc. 2° de la ley especial mencionada, calificando los hechos como Posesión y Tenencia (droga) con fines de tráfico, previsto en el Art. 34 inciso 3° LRARD; consecuentemente, de igual manera procede modificar la pena impuesta a DAGL.

El delito de Posesión y Tenencia (de droga) con Fines de Tráfico (Art. 34 inc. 3° LRARD), está sancionado con pena de seis a diez años de prisión; y tomando en cuenta los mismos criterios que el Juez a quo consideró para la adecuación de la pena (Art. 5 y 63 Pn.), es procedente imponer al enjuiciado la pena mínima de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, quedando inalterable las penas accesorias fijadas en el fallo, variando únicamente en su tiempo de vigencia, en atención de la nueva pena impuesta por esta Cámara; debiendo el juez del Tribunal Segundo de Sentencia que conoce del caso, hacer efectivo el cumplimiento de la misma." *Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente, número de referencia: 32-2019, fecha de la resolución: 15/08/2019*

POSESIÓN Y TENENCIA

CONSIDERACIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL TIPO PENAL

"a. La representación fiscal sostiene que los hechos debieron ser calificados como Posesión y Tenencia en la modalidad del art. 34 párrafo 2 LRARD.

En ese sentido, es menester señalar que la posesión de drogas puede vincularse a varias finalidades, como: buscar un beneficio económico dentro del ciclo de droga mediante su transferencia a terceros, propósitos curativos y el simple consumo con fines no terapéuticos.

Cabe destacar que a fin de determinar la relevancia penal no sólo basta constatar la simple portación.

En efecto, el carácter antijurídico de una conducta desde una perspectiva penal exige como presupuesto la *lesividad* del bien jurídico protegido, es decir, que la conducta dañe o ponga en peligro concreto o abstracto un bien jurídico de terceras personas -distintas del portador-, en este caso en particular la salud pública.

Cabe destacar que, en el caso del autoconsumo de drogas no existe posibilidad alguna de poner en peligro a otros, puesto que conforme a una decisión personal decide afectar su propio ámbito de salud con el consumo de sustancia estupefacientes, por ello no puede considerarse relevante a efectos penales como parte de protección del bien jurídico salud pública, ya que el consumo sólo incumbe a quien lo realiza, en consecuencia, está sustraído de control normativo, y más aún en un sistema jurídico respetuoso de la libertad y de la dignidad humana.

Es decir, el bien jurídico protegido en los delitos relacionados a las drogas, es la **SALUD PÚBLICA,** misma que no equivale al ámbito privado del consumidor, debido a que toda acción de autoconsumo que éste realice, como destinatario final o como víctima del ciclo económico, no tiene relevancia penal.

En este punto, debemos reiterar que el contenido del art. 3 CP, el cual refleja la existencia de un carácter limitativo que se le impone al poder penal, pues si la lesividad no se perfila, la conducta no puede constituir delito.

En ese mismo sentido, la Sala de Constitucional de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en la sentencia pronunciada a las nueve horas del día dieciséis de noviembre de dos mil doce, en el Proceso de Inconstitucionalidad 70-2006 Ac, precisamente invocada por el recurrente, afirmó que:

"[...] 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.

En un sentido más técnico entonces, el denominado **"ánimo de traficar"** se plantea como un **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, y donde el criterio meramente cuantitativo de la cantidad –más de dos o menos de dos gramos–debe ser complementado en el análisis judicial con otros aspectos tales como: (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; **(** condición de drogodependiente o no del poseedor; el uso de una falsa identidad del que la tiene; la tenencia de instrumento o mater»: relacionado para la elaboración o distribución de la droga; (k) o de dinero en cantidades inusuales para la capacidad económica del procesado; y (1) el lugar y momento en que se ha realizado la ocupación de la droga.

Advierte entonces esta Sala que las aplicaciones de la posesión y tenencia contempladas en los incs. 1° y 2° del art. 34 LERARD, requerirá el establecimiento de ese presupuesto subjetivo, a partir de una valoración integral de los hechos, y de un análisis que no debe atender exclusivamente a la cantidad de gramos, sino a la confluencia de varios criterios, los cuales deben plasmarse en la motivación de la decisión judicial" (Resaltado suplido)

En ese orden de ideas, el criterio cuantitativo y el elemento subjetivo, denominado como *"ánimo de traficar",* el cual debe ser complementado por otros aspectos en el análisis judicial del operador de justicia, que señala la Sala de lo Constitucional, son relevantes para definir las conductas punibles y las que no lo son, los cuales deben ser consideradas por el juzgador en las modalidades del tipo penal Posesión y Tenencia reguladas en el art. 34 párrafos 1 y 2 de la Ley Reguladora de Actividades Relativas a las Drogas; aunado a ello, para determinar dichos elementos será necesario realizar un análisis integral de los hechos y del elenco probatorio que desfiló en el juicio."

AUSENCIA DE VULNERACIÓN A LA CADENA DE CUSTODIA, CUANDO SE CUMPLE CON LA OBLIGACIÓN FORMAL DE HACER CONSTAR LA RECOLECCIÓN, EMBALAJE, TRANSPORTE, ANÁLISIS Y CUSTODIA DE LAS EVIDENCIAS

"Aunado a lo anterior, a efecto de resolver dicha discrepancia, resulta pertinente realizar unas acotaciones sobre la cadena de custodia.

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 medíos 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 sustancias, 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."

CONDUCTA AUTORREFERENTE NO PUEDE PRESUMIRSE Y DEBE SER DEBIDAMENTE VERIFICADA CON ELEMENTOS COMO LA CANTIDAD DE DROGA INCAUTADA, SU CALIDAD Y LOS INGRESOS ECONÓMICOS DEL IMPUTADO

"En ese sentido, se advierte que en la presente causa no se ha presentado ningún medio probatorio que abone a comprobar la hipótesis de condición drogodependiente de los acusados.

Lo anterior permite evidenciar que no ha existido la búsqueda de una actividad probatoria por parte de la defensa o de los imputados tendiente a establecer una conducta ***autorreferente*** de sus patrocinados, en la cual los imputados hayan sostenido que son consumidores de droga.

La conducta autorreferente descrita por el juzgador 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, aspecto que en el caso de mérito no han sido analizados por el jugador ni establecidos con elementos probatorios.

En ese orden de ideas, no existe elemento que indique que las personas procesadas hayan poseído la droga para satisfacer su consumo personal.

De ahí, que la afirmación de la finalidad de autoconsumo de la posesión de la droga incautada a los imputados por parte del juzgador es especulativa, ya que el mismo no es obtenido a partir de elementos de prueba que permitan sostenerla.

Por todo lo anteriormente desarrollado, se colige que no estamos en presencia de un autoconsumo, perfilándose con ello el peligro de lesión a la salud de terceros, por lo cual los hechos se adecuan al tipo penal de Posesión y Tenencia regulado en el párrafo 2 del artículo 34 de la LRARD; en consecuencia, la queja del apelante es de recibo, ya que el defecto interpretativo incurrido por el juez *A quo* es verificable en el caso de mérito."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 342-2018, fecha de la resolución: 30/04/2019

CONSIDERACIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES PARA QUE SE CONFIGURE, DESCARTANDO EL FIN DE TRÁFICO

"Número 3. Al imputado […] se le atribuyó la comisión del delito de POSESIÓN Y TENENCIA, previsto y sancionado en el artículo 34 inciso segundo de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, que prescribe: "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"; lo anterior, en consideración a que la acción desarrollada, consistía en que tenía en su poder una porción mediana de material vegetal, la cual le fue encontrada en un bolsón que este portaba, material que según las pericias respectivas dio resultado positivo a la droga MARIHUANA.

Número 4. Se tiene que este delito, según el artículo 34 inciso segundo eiusdem, integrado con el inciso primero de la misma disposición legal, dice: "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... 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..." Debido a lo antes detallado, deben acreditarse como elementos objetivos: a) la naturaleza del material vegetal secuestrado, que debe ser droga sujeta a confiscación nacional e internacional; b) debe existir una posesión o tenencia de esa clase de drogas, que según la descripción legal no se exige un ánimo de tráfico.

Número 5. Ahora bien, con la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con referencia 70-2006 acumulada, se determinó con respecto al inciso primero y segundo del artículo 34 de la Ley Reguladora de la Actividades Relativas a las Drogas, que para deslindar acciones de mero autoconsumo, en los tres incisos de este precepto, debe existir ánimo de tráfico, con lo que este inciso viene a coincidir con los supuestos regulados en el tercer inciso, de esta misma disposición legal; c) debe existir una ausencia de autorización legal del sujeto activo por parte de la autoridad competente, en este caso, de la ahora Dirección General de Medicamentos, para ejercer estas actividades relacionadas a las drogas; y como elemento subjetivo, debe acreditarse el dolo, que implica que el sujeto agente conozca que está en posesión de droga con ánimo de traficar con ella y que tiene la voluntad de realizar tal conducta. Esos son los elementos que se desprenden del texto legal en comento,

Número 6. No puede pasar inadvertida la sentencia de la Sala de Constitucional de la Corte suprema de Justicia de fecha dieciséis de noviembre de dos mil doce, con referencia 70-2006 acumulada, en la cual se dictamina que debe existir un ánimo de tráfico como elemento subjetivo en cualquiera de los tres supuestos de hecho del artículo 34 de la Ley Reguladora de la Actividades Relativas a las Drogas, en la que advierte que el contenido regulatorio de la posesión y tenencia contemplada en los incisos primero y segundo del artículo 34 de la referida ley, además de la cantidad, requiere un presupuesto subjetivo adicional que indique que la sustancia incautada, "esté preordenada para algunas de las actividades como la siembra o cultivo, procesamiento químico, tráfico u otra actividad relativa a la promoción del uso de drogas", reafirmando que si no existe este presupuesto subjetivo, la conducta sería autoconsumo, cuyo supuesto forma parte de ese espacio incoercible del libre desarrollo de la personalidad, fuera del ámbito del Derecho Penal, y por eso instruye que en la valoración integral de los hechos no debe tomarse en cuenta únicamente la cantidad de la droga, sino otros criterios que a vía de ilustración puntualiza en los términos siguientes. a) el tipo de drogas; b) grado de pureza; c) 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 instrumentos o material relacionado para la elaboración o distribución de la droga; (k) o de dinero o material relacionado para la capacidad económica del procesado; y (l) el lugar y momento en que se ha realizado la ocupación de la droga...".

Número 7. Con estos antecedentes, resulta que si en los incisos primero y segundo del artículo 34 de la Ley Reguladora de la Actividades Relativas a las Drogas, no se encuentran presentes, estas circunstancias como criterios jurisprudenciales orientadores emanados del máximo intérprete de la Constitución, la posesión y tenencia de droga, debe ser considerada autoconsumo, exenta de pena; por el contrario, si se encuentran presentes tales circunstancias -según la prueba desfilada en juicio- , debe interpretarse que existe un ánimo especial de traficar, que en el caso del inciso primero del 34 de la Ley Reguladora de la Actividades Relativas a las Drogas, por tratarse de una cantidad menor de dos gramos, la conducta sería punible como un delito de posesión y tenencia simple, donde lo que predomina es la cantidad; pero en el caso del inciso segundo, la cantidad de dos gramos o mayores a esa cantidad, ya no es el elemento único a considerar, sino además la existencia de circunstancias que hagan suponer el ánimo de traficar, con lo cual este inciso termina siendo similar al inciso tercero del citado artículo.

Número 8. Tal es la consecuencia de este criterio jurisprudencial de la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que es de obligatorio acatamiento, así que esta confluencia presenta una seria disyuntiva, respecto a cuál de los dos incisos se deben aplicar, pero que en este caso no representa ningún inconveniente, porque se abrió a juicio con base al precepto regulado en el artículo 34 inciso segundo de la Ley Reguladora de la Actividades Relativas a las Drogas, y la representación fiscal no hizo ninguna moción de un de cambio de calificación; así las cosas, lo que corresponde ahora es verificar si esa droga en poder del procesado, puede asumirse que existía ese fin de tráfico o era una simple posesión de droga para autoconsumo y podría considerarse una conducta autorreferente como lo hizo la Juez Aquo."

IMPORTANTE DESTACAR QUE PARA FUNDAMENTAR UNA CONDUCTA AUTORREFERENTE ES NECESARIO VERIFICARLA CON OTROS ELEMENTOS PERIFÉRICOS QUE ACREDITEN EL DICHO DEL ACUSADO

"Número 11. También se verificó por la Jueza de Sentencia, que dicha droga, fue legalmente custodiada, lo cual se comprueba por medio de la certificación de la hoja de recibo y entrega de la evidencia incautada a […] consistente en una porción grande de material vegetal en el interior de una bolsa plástica color negra anudada que eta agregada […].

Número 12. Se tuvo también, prueba de descargo, consistente en el Resultado de Análisis Toxicológico, practicado al acusado […], Analista de la Sección de Toxicología del Departamento de Química Forense del Instituto de Medicina Legal "Dr. Roberto Masferrer", de esta ciudad, en el que se obtuvo como resultado de dicho peritaje "Positivo a metabolitos de marihuana", […]; además de dicho peritaje, se contó en juicio, con la declaración indagatoria del imputado […] quien dijo en síntesis que la droga era de él, la consumía y a veces la ocupaba como remedio, la compraba mensualmente por lo general, que esa droga no vale ni cien pesos, se hace cargo de que el la compró con un dinero que le manda su hermano […].

Número 13. El peritaje y la declaración antes mencionados, fueron verificados por la Juez Aquo, por lo que con base a ellos, decidió que lo que aconteció

en este caso, se trató de una conducta autorreferente, tal cual lo detalla en la sentencia apelada en la página número trece, al expresar "…ello lleva a la suscrita juez a concluir que es creíble lo dicho por el señor […] y por lo tanto estamos en presencia de una conducta a todas luces autorreferente... para ello, fundamentó su decisión en jurisprudencia constitucional que establece la prohibición de sancionar penalmente estas conductas, en sentencia 70-2006 del dieciséis de noviembre de dos mil doce.

Número 14. Es de traer a colación, que la pericia toxicológica, en efecto establece que el acusado tenía metabolitos de marihuana en su organismo, lo que hace colegir que el mismo consumió droga marihuana, es más, así lo ha expresado él desde la etapa de instrucción, al rendir su declaración indagatoria, y en el juicio, al aceptar que la droga era de él, que la consume y la utiliza para remedio por dolores que padece en su cuerpo, que debido a ello, la compra en esa cantidad para consumirla y utilizarla por un mes, la cual adquiere por medio del dinero que le manda su hermano que vive en Panamá y de lo que el gana diariamente.

Número 15. Es importante destacar que para fundamentar una conducta autorreferente, no basta con el dicho del acusado y de la comprobación de consumo de una droga, para el caso en concreto Marihuana, lo cual ha sido establecido por medio del análisis toxicológico que se le practicó a […]; sino que además, es necesario verificar otros elementos periféricos que acrediten también su dicho, por ejemplo, con respecto a su estado de salud, ya que debe acreditarse de donde provienen los dolores que dice que padece y por los cuales usa la droga marihuana como lienzos para calmarlos; así también, es necesario que se establezca de donde obtiene el dinero con el que se le genera la capacidad de compra de la droga en esas cantidades, ya que dentro del expediente judicial y en la sentencia no se ha probado que reciba remesas de otro país como lo ha expuesto en su declaración ya que no se tiene documentación al respecto."

PROCEDE ANULAR ABSOLUCIÓN CUANDO EL JUZGADOR HA INOBSERVADO LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA CON RESPECTO A MEDIOS O ELEMENTOS PROBATORIOS DE VALOR DECISIVO

"Número 16. Además de lo expuesto en el considerando anterior, se vuelve importante y primordial, el verificar que según la pericia practicada a la droga incautada a […] estamos en presencia de 334.1 gramos de Marihuana, teniendo un gramo de esta droga un valor comercial de $1.14, de la cual se puede obtener un beneficio económico de TRESCIENTOS OCHENTA DÓLARES CON SETENTA Y CUATRO CENTAVOS ($ 380.74), y confeccionar 668 CIGARRILLOS; esto quiere decir, que aunque el imputado viva solo y tenga ingresos de doce a quince dólares diarios, no logra acreditar una capacidad económica de adquisición de la droga que le fue incautada; además, si hacemos el cálculo de los cigarrillos de marihuana que dice que consume a diario con esa cantidad de droga, en un mes debería de consumir veintidós cigarrillos diarios, cosa que no genera creíble que esa droga era destinada solamente para su consumo. En conclusión, no resulta razonable admitir que una persona que fuma marihuana posea en su casa una

exagerada cantidad de esa sustancia sólo por el simple hecho de ser un consumidor de la misma.

Número 17. Indudablemente, que el propósito de la posesión o tenencia de droga, es una finalidad de naturaleza psicológica y yacente en la intimidad del sujeto, la cual debe deducirse de los actos objetivos y externos realizados por éste; por ello, en el esfuerzo encaminado al descubrimiento y revelación de la oculta voluntad del agente, el juzgador debe formularse juicios de valor con apoyo de los datos circunstanciales con que se cuenta en el proceso; sin embargo, en el presente caso, el mismo acusado ha establecido que la droga que le fue incautada era de su propiedad.

Número 18. Conforme a lo anterior, se considera que la Jueza Primero de Sentencia, ha incurrido en la valoración de la prueba en el defecto señalado por el recurrente, artículo 179, que guarda íntima relación con motivo contemplado en el artículo 400 número 5) del Código Procesal Penal, lo cual trae como consecuencia la anulación total de la sentencia, y la necesidad de que sea repetida la Vista Pública por otro tribunal, tal como lo establece el inciso segundo del artículo 475 del Código Procesal Penal, por lo cual, se anulará la sentencia definitiva absolutoria que se conoce en alzada."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-08-SA-2019, fecha de la resolución: 01/02/2019

EXISTENCIA DE DOS TESIS ANTAGÓNICAS EN CUANTO A LA FORMA EN QUE SE PRODUJO EL HALLAZGO DE LA DROGA INCAUTADA, NO RESULTA SUFICIENTE PARA DECANTARSE POR UNA ABSOLUCIÓN POR DUDA

"Número 1: La competencia de esta Cámara, de conformidad al Art. 459 CPP., se encuentra limitada a pronunciarse exclusivamente sobre él o los motivos expresados por el apelante en el recurso, y que han sido admitidos por el tribunal de alzada. En el presente caso, como se estableció en el apartado concerniente a su admisión, el único motivo contenido en el recurso ha sido invocado como ***"Falta de Fundamentación de la Sentencia, cuando no se han observado en el Fallo las Reglas de la Sana Crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo, Art, 179 en relación con el Art. 400 No. 5) Pr. Pn"***, siendo sobre este que se pronunciará esta Cámara.

Número 2: Para el apelante, en la sentencia pronunciada por la Jueza del Tribunal Primero de Sentencia, se ha incurrido en una errónea valoración de la prueba por inobservancia de las reglas de la sana crítica respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo, lo cual implica una falta de fundamentación de la misma, ya que la jueza A quo, al valorar la prueba de cargo y de descargo, consideró que ante la existencia de dos versiones respecto de la captura de la procesada y que ninguna de estas había sido desacreditada, resolviendo la absolución de la procesada, en aplicación al principio de indubio pro reo o principio de duda, conforme el Art. 7 CPP.

Número 3: La Fiscalía General de la República, sostiene que la procesada fue intervenida a eso de las trece horas con diez minutos del día 16 de junio de 2018, sobre la Calle Principal de la Comunidad Rutilio Grande de Municipio de

San Martín, luego de haber sido observada y esta se diera a la fuga, por lo cual se produjo una pequeña persecución hasta lograr su intervención, observando que portaba un bolso sobre su espalda, por lo que al proceder a su registro, se encontró al interior de dicho bolso una considerable cantidad de porciones de material vegetal, el cual presumiblemente era droga, por lo cual fue trasladada a la División Antinarcóticos de Soyapango, donde se le realizó prueba de campo por el Técnico, [...], dando el mismo positivo a droga Marihuana, por lo que se procedió a su detención.

Número 4: Sobre los hechos acusados, en el plenario se contó con prueba testimonial de cargo y de descargo. La prueba testimonial de cargo de los señores [...] y [...], el primero en calidad de Agente de la Policía Nacional Civil, y el segundo como miembro de la Fuerza Armada. Tal como se señala en la sentencia de mérito, ambos testigos son contestes y uniformes, en cuanto al lugar, tiempo y modo en cómo se procedió a la intervención de la imputada [...], relatos que se adecuan al cuadro fáctico planteado por la Fiscalía General de la República en su dictamen de acusación y que de manera sucinta han sido plasmados en el considerando que antecede, siendo el único dato contradictorio, que el primero de los testigos dijo haber observado a la imputada a una distancia de diez metros y el segundo a doscientos metros.

Número 5: La imputada [...], al rendir declaración, en síntesis manifestó que, ella se encontraba realizando labores de limpieza en una casa de la Comunidad Rutilio Grande, la cual le había sido adjudicada por la Junta Directiva de la misma, cuando de repente observó a un policía y un miembro del ejército en la puerta, permitiéndoles el ingreso, quienes comenzaron a revisar, que le pidieron su Documento Único de Identidad y la factura de un teléfono que tenía ahí, y ella les expresó que esa casa no era de ella, que era de otra persona y que se la iban a dar a ella, preguntándole donde vivía, a lo que respondió que en Comunidad, expresándole que podía ir a traer el Documento único de Identidad y la factura de teléfono, dirigiéndose ella a la casa de su mamá en la Comunidad Primero de Junio, lugar al cual luego de quince minutos la llegó a traer la Policía, que luego la llevaron al lugar donde encontraron marihuana enterrada, que la droga no se la hallaron a ella.

Número 6: Lo expresado por la imputada, fue ratificado en los puntos esenciales por las testigos de descargo […] y […], madre y hermana de la imputada respectivamente. Las testigos de una manera conteste y uniforme expresan que el día 16 de junio de 2018, a eso de las once y media de la mañana, se encontraban en su casa ubicada en la Comunidad Primero de Junio, a la cual llegó la imputada, expresándoles que buscaba su Documento único de Identidad y un recibo de teléfono, porque en la casa que estaba limpiando en la Comunidad Rutilio Grande, estaba la policía y se los habían pedido, que como a los diez o quince minutos, se presentaron a su casa dichos elementos, procediendo a esposar a la imputada, preguntando los motivos de su detención, manifestándoles que en el lugar que ella estaba aseando habían encontrado droga, que la imputada llegó sola a su casa, pues los niños los había dejado en la casa que estaba limpiando.

Número 7: La prueba testimonial relacionada, evidencia dos versiones diferentes en cuanto a la forma y lugar de la captura de la procesada; lo anterior

implica que al momento de valorar la prueba el juzgador debe realizar un mayor esfuerzo para arribar a una decisión; debiendo apreciar la prueba en su conjunto. Si de esos elementos probatorios, la tesis acusatoria es acreditada se procederá a la condena, si los elementos resultan insuficientes se procederá a la absolución; sin embargo, cualquiera que sea la conclusión debe ser sustentada por una serie de razonamientos que indudablemente nos lleven a la decisión que se toma.

Número 8: Los requisitos que debe reunir la prueba testimonial y que debe el Juez valorar, que se refieren a la persona del declarante son: ausencia de incredibilidad subjetiva en la declaración, es decir que tenga credibilidad, firmeza o perseverancia a lo largo del proceso, así como corroboración mediante datos objetivos. En la ausencia de incredibilidad subjetiva, también es importante constatar que no existan razones de peso para pensar que quien declara, preste su declaración inculpatoria o exculpatoria, movidas por razones de venganza, móviles espurios, obediencia o razones exculpatorios que nos hagan dudar de la declaración, atendiendo a la relación que se tenga con la persona en cuyo favor se declara, debiéndose atender además las características propias de la personalidad del declarante, su desarrollo y madurez mental.

Número 11: Sobre la corroboración de las declaraciones con datos objetivos, está sujeto a ciertas condicionantes: a) Que la declaración presentada no resulte fantasiosa o increíble, por no ajustarse a las reglas de la lógica o de la experiencia común; b) Que las declaraciones inculpatorias o exculpatorias se mantengan firmes a lo largo del proceso, que no se modifiquen sustancialmente, que no presente ambigüedades e incoherencias, a esto se le denomina persistencia en la incriminación en el caso de quien acusa y que a la inversa podría entenderse como persistencia en la exculpación.

Número 12: La necesidad de establecer elementos corroborativos a la prueba testimonial, constituye una finalidad de la prueba –verosimilitud-; la cual es exigible no solo a la prueba de cargo, sino también a la de descargo, ya que muchas veces la prueba testimonial por sí solo no resulta suficiente para establecer de manera certera la tesis que se pretende probar, de ahí la necesidad de la existencia de medios periféricos en los cuales la declaración del testigo o víctima adquiera mayor relevancia.

Número 13: En el caso de autos, a parte de la prueba testimonial, se incorporó como prueba pericial el Resultado de Análisis Físico Químico, de fecha 17 de junio de 2018, elaborado por el técnico el Identificación de Drogas, **********, de fs.10, realizado a la droga supuestamente incautada a la imputada, el cual dio un resultado positivo a Marihuana, siendo un total de 144 porciones pequeñas, con un peso total de 223.1 gramos y un valor comercial de $254.33 Dólares.

Número 14: Debe valorarse que en el caso de autos, existen dos versiones respecto del hallazgo de la droga; la primera, la de los testigos de cargo [...] y [...], quienes manifestaron que la droga fue encontrada en un bolso que portaba la imputada en su espalda al momento de su intervención; y la segunda, dada por la imputada y las testigos de descargo, quienes hacen referencia que cuando el agente policial y el miembro del ejército se presentaron a la casa de la madre de la imputada ubicada en la Comunidad Primero de Junio, les manifestaron que la detención era porque en el inmueble en el cual realizaba limpieza se había encontrado droga.

Número 15: De lo declarado por los testigos de cargo y de descargo, si bien es cierto, preliminarmente se puede decir que no existe certeza en cuanto a la veracidad de los hechos y por lo cual se arriba a un estado de duda razonable, ello resulta un análisis simplista y no acorde a los parámetros de la sana crítica, ya que para acreditar aptitud probatoria a la declaración de un testigo, se deben ponderar muchos aspectos, entre los cuales destaca la imparcialidad de su declaración, lo cual puede ser deducido por el interés que se tenga por declarar en el juicio; así mismo, evaluar si la versión dada por la imputada resulta creíble atendiendo a las normas de la experiencia común, si es usual que la policía actúe como lo expone la imputada.

Número 16: En ese sentido se tiene que los agentes policiales y miembros del ejército que atendiendo a sus funciones de seguridad pública, participan de determinado procedimiento en el cual se produce la captura de una persona a quien se le atribuye la realización de una acción delictiva, su comparecencia al proceso como testigos, es en virtud de su calidad de agente de autoridad y no por un interés particular que pueda indicar que su declaración tenga la finalidad de afectar a la persona imputada o algún móvil espurio para afectarla con su declaración y que simplemente por su calidad de autoridad su declaración no merezca fe, cuando existen otros elementos probatorios que indican la existencia del delito y la probable participación en el mismo.

Número 17: Al apreciar la prueba testimonial, el juez debe realizar un análisis de fiabilidad; es decir, deducir credibilidad e imparcialidad de la persona que declara; para ello resulta relevante tomar en cuenta las razones por las cuales comparece al proceso, que para el caso de los agentes de autoridad como se ha dicho, en la generalidad de casos declaran atendiendo a la función que desempeñan y por su vinculación accidental al proceso.

Número 18: La credibilidad e imparcialidad del testigo de descargo al igual que la prueba de cargo, debe ser sujeta al análisis de fiabilidad, lo cual implica valorar la razón por la cual declara en el juicio, las relaciones de amistad o familiares entre el testigo y la persona en cuyo favor se declara, siendo este un aspecto de suma importancia, ya que indefectiblemente al existir una nexo familiar o de amistad del testigo y la persona imputada, su declaración será dirigida a establecer una tesis exculpatoria, declarando hechos que no sean ciertos; con la única finalidad de favorecer a la persona procesada.

Número 19: En este punto no debe perderse de vista, que las testigos de descargo son la madre y hermana de la imputada, de lo cual podría inferirse, que sus declaraciones a pesar de contener datos coincidentes entre ellas y lo expresado por la imputada en su declaración indagatoria, en el sentido que esta se encontraba realizando labores de limpieza en un inmueble que se le había adjudicado para su vivienda por la Directiva de la Comunidad Rutilio Grande del Municipio de San Martín, y que se trasladó a la casa de su madre a buscar su Documento Único de Identidad y un recibo de teléfono, que le habían solicitado los agentes policiales cuando se presentaron al inmueble en el cual ella se encontraba, no se ha incorporado al proceso ningún tipo de documento o relato de persona alguna que conforme la Directiva de la Comunidad Rutilio Grande, que corrobore la adjudicación del citado inmueble, lo cual si bien es cierto como se establece en la sentencia fue un vacío en la investigación por parte del ente

fiscal, el cual tiene la obligación de investigar lo favorable y desfavorable para el imputado, ello no constituye un obstáculo para que la imputada o su defensor pudiesen haber incorporado la documentación respectiva u ofrecer prueba testimonial para tal robustecer su dicho.

Número 20: La falta de elementos de corroboración en el dicho de las testigos de descargo; es un factor, qué si bien fue valorado por la jueza A quo, este no se hizo conforme a la sana crítica racional, ya que no se estableció la existencia del citado inmueble ni su entrega a la imputada, por lo cual, lo único con lo que se cuenta es con su dicho, el cual al no poseer elementos periféricos de corroboración su aptitud probatoria se ve disminuida cuando la prueba de cargo si las posee.

Número 21: En el caso de autos, la prueba de cargo no fue únicamente testimonial, sino que además se contó con la prueba pericial realizada a la droga incautada, de la cual en la Página 11 párrafo final de la sentencia únicamente se dice que se ha sido valorada, estableciéndose únicamente la fecha de su realización y el nombre del técnico que la practicó, sin expresarse nada más respecto de ella, lo cual constituye una deficiencia tanto en la valoración de la prueba como en la fundamentación de la sentencia, por cuanto no se ha expresado si con el resultado de dicho análisis se logra acreditar alguno de los extremos procesales.

Número 22: Conforme lo dicho, para esta Cámara, la existencia de dos tesis antagónicas en cuanto a la forma en que se produjo el hallazgo de la droga incautada, no resulta suficiente para decantarse por una absolución por duda, ya que la prueba de cargo a parte de no ser parcializada, ya que no se ha establecido ningún móvil espurio del cual se pueda deducir la intensión de los testigos de cargo de atribuir a la imputada la conducta delictiva acusada, su dicho se ve reforzado con la prueba pericial, la cual señala que la droga se encontraba distribuida en porciones, tal como se detalla en el acta de captura, la cual si bien fue ofrecida como prueba documental, su valor probatorio se ve limitado por su naturaleza, pero sirve de indicio al momento de valorar las declaraciones de los testigos de cargo.

Número 23: Conforme lo expresado, se concluye que en la sentencia absolutoria recurrida, la Jueza A quo, ha aplicado de manera errónea las reglas de la sana crítica respecto de la prueba producida en el juicio; lo cual constituye un defecto que produce la anulación de la misma, por lo cual se estima el recurso de apelación presentado por el Agente Fiscal, debiendo ordenarse la reposición del juicio por un tribunal diferente, para lo cual de conformidad con el Art. 38 inc. 1° de la Ley Orgánica Judicial, corresponde al Tribunal Segundo de Sentencia su realización, al cual deberá el Tribunal A quo remitir los autos a la mayor brevedad posible para la realización del nuevo juicio."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-69-SA-2019, fecha de la resolución: 25/03/2019

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

DEFINICIÓN Y EFECTOS

"**CONSIDERANDO 6.-** La **Prescripción de la Acción Penal** es comprendida, como la imposibilidad de realizar el juzgamiento penal de un hecho delictivo

por el transcurso de determinados plazos señalados en la ley a partir de su comisión, durante los cuales el procedimiento no se ha seguido contra el sujeto activo del delito -Art. 32 CPrPn.- o cuando dirigido contra una persona determinada, se ha paralizado por el tiempo igualmente señalado por el legislador -Art. 34 CPrPn.-

La prescripción en su esencia supone un límite temporal para el Estado, para que este lleve a cabo la persecución y castigo de los ilícitos penales, constituyéndose por un lado en un instrumento procesal potenciados del derecho de los procesados a ser perseguidos en un plazo razonable -Art. 8.1 Convención Americana de Derechos Humanos-; 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 imposibilidad de realizar el derecho penal sustantivo más allá de determinado espacio temporal."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-39-19, fecha de la resolución: 14/03/2019

PROCEDE ACCEDER A LA EXCEPCIÓN PERENTORIA, EN VISTA QUE EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL EJERCICIÓ LA ACCIÓN PENAL CUANDO EL TIEMPO PARA LA PRESCRIPCIÓN YA SE HABÍA CUMPLIDO

"... 3. Analizado y desarrollado el tema relativo a la prescripción y a la ley penal en el tiempo, es imprescindible verificar la forma en la que se aplicará la teoría desarrollada en el presente caso. A raíz de ello, los acontecimientos relevantes en el presente caso se desglosan de la siguiente manera:

i. Que en fecha veinte de enero de mil novecientos noventa y siete, se publicó en el Diario Oficial número 11, el decreto legislativo número 904, de fecha cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis, consistente en el Código Procesal Penal ahora derogado, en donde se encuentra el artículo 34 relativo a la prescripción, mismo que decía lo siguiente:

"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 diez años, ni será inferior a tres años****;*

La prescripción se regirá por la pena principal y extinguirá la acción aún respecto de cualquier consecuencia penal accesoria" (resaltado suplido).

ii. Durante la vigencia de dicho Código Procesal, se produce la conducta por la cual se acusa a los procesados, en donde la misma Fiscalía General de la República afirma que la misma se consumó en fecha treinta de abril de abril de dos mil cuatro, misma que es aplicable para todos los acusados, en virtud de tratarse – según el Ministerio Público Fiscal – de la fecha en la que se realizó el último acto constitutivo del delito realizado aparentemente de forma organizada.

Como breve antecedente a la misma, se consigna que la conducta atribuida por el Ministerio Público Fiscal en contra de los señores [...]**,** consistió en el desvío de los fondos donados por la República de China-Taiwán, entre octubre de dos mil tres y abril der dos mil cuatro, así como el desvío de los fondos recibidos como donativos o préstamos para los programas de reconstrucción pos-Mitch y los recibidos para atender la emergencia y reconstrucción post-terremotos de enero y febrero de 2001.

Pues afirman que dichos fondos públicos fueron desviados a cuentas personales del señor Francisco Guillermo Flores Pérez, en lugar de haber sido depositados de forma oficial a fondos del Estado, y que a partir de dicho momento (es decir, de la sustracción ilegal de ellos), se introdujo al flujo y comercio "normal", por medio de la emisión de cheques de las personas encargadas de las cuentas de **ALIANZA REPUBLICANA NACIONALISTA (ARENA),** y de la asociación **Centro de Estudios Políticos, Dr. José Antonio Rodríguez Porth (CEP)**, perteneciente al mismo instituto político, pues afirman que dichos fondos fueron enviados de la cuenta del entonces Presidente de la República, quien aparentemente endosó los mismos a las mencionadas anteriormente.

De dicho suceso, la Fiscalía General de la República recibió denuncias a partir de la fecha **veintiuno de enero de dos mil catorce**, lo cual resultará relevante para el pronunciamiento de esta Cámara.

iii. En fecha treinta de enero de dos mil nueve, se publicó en el Diario Oficial número 20, el Decreto Legislativo número 733, emitido en fecha veintidós de octubre de dos mil ocho, en donde – con respecto al tema de la prescripción – desglosa en el artículo 32 lo siguiente:

"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*

[…]

La prescripción se regirá por la pena principal y extinguirá la acción aún respecto de cualquier consecuencia penal accesoria" (resaltado suplido)".

iv. Ante dicha circunstancia, la Fiscalía General de la República, inició la persecución del presente caso, en fecha uno de marzo de dos mil diecinueve, es decir, catorce años con once meses después de acontecidos y consumados los hechos a los que se ha venido haciendo referencia.

Verificado lo anterior, se advierte que los hechos acusados como conducta delictiva, sucedieron cuando se encontraba en vigencia el Código Procesal Penal derogado, y que la persecución de los mismos hechos aconteció mientras se encontraba en vigencia el Código Procesal Penal actual.

Lo anterior ocasionó que los defensores de los procesados, al momento de desarrollarse la audiencia inicial alegaran la excepción que se ha analizado en la presente resolución, es decir la de extinción de la acción penal por prescripción.

Ahora bien, se observa que la Jueza resolvió dicho incidente mediante la aplicación del artículo 504 CPP vigente, que dice:

"Las disposiciones de este Código se aplicarán desde su vigencia a los procesos futuros, cualquiera que sea la fecha en que se hubiere cometido el delito o falta".

Si bien es cierto esta Cámara estima que, de la lectura de dicha disposición, es posible resolver de la forma realizada por la Juez Segundo de Paz de San Salvador, también afirma que la operadora de justicia **ha omitido gravemente** llevar a cabo el juicio de favorabilidad al que se ha venido haciendo referencia: la conducta atribuida a los procesados sucedió cuando se encontraba en vigente el CPP derogado, mientras que el proceso se inició cuando ya se estaba aplicando el CPP vigente.

Dicha circunstancia enfrenta a dos cuerpos procesales que regulan la institución de la prescripción de forma distinta, pues la que se encontraba vigente al momento de realizarse conducta establecía que el tiempo a observar era el de **diez años**, mientras que el que se encontraba vigente al momento de iniciar el proceso dice que el tiempo a cumplir es de **quince años**.

Ante tal conflicto de leyes, y desarrollado que ha sido el tema del juicio de favorabilidad por esta Cámara, se advierte que la interpretación que ha realizado la Juez Segundo de Paz de San Salvador, del artículo 504 CPP vigente ha sido errónea, pues ha omitido analizar la misma a la luz de disposiciones constitucionales y legales, llevando a cabo una integración normativa de la norma, por medio de una interpretación sistemática de la ley.

Entonces, ante tal conflicto de leyes, en razón de la temporalidad legal y cronología de la plataforma fáctica, se colige que el texto legal que tuvo que haber aplicado es el contenido en el Código Procesal Penal derogado, el cual se tuvo que haber aplicado de forma ultractiva, por el hecho de ser más favorable, pues el hecho de aplicar la norma vigente (que resulta ser desfavorable), implica una grave violación a principios y valores constitucionales, específicamente al de seguridad jurídica, así como los que de él se desprenden.

Dicho análisis ha surgido del hecho que, si la conducta atribuida a los procesados se consumó – de acuerdo a los argumentos judiciales, los de la Fiscalía General de la República y avalados por esta Cámara – en fecha **treinta de abril de dos mil cuatro**, lo que implica que, al aplicar lo establecido en el CPP derogado, los diez años – para verificar el cumplimiento de la prescripción – se cumplieron en fecha **treinta de abril de dos mil catorce**.

Sin embargo, la persecución penal se inició en fecha **uno de marzo de dos mil diecinueve**, es decir, alrededor de cinco años después de que el tiempo para la prescripción se cumpliera.

Es factible mencionar que este Tribunal de alzada podría haber evaluado la posibilidad de aplicar la ley vigente aún y cuando el hecho delictivo se hubiese consumado durante la vigencia de la ley derogada, pero para que ello pudiera hacerse, hubiera sido necesario que el término de la prescripción de los citados diez años no hubiera transcurrido totalmente a la fecha del inicio judicial del caso.

Ello manifiesta una extrema desidia fiscal en lo que concierne al ejercicio de la acción penal en el presente caso, debido a que, no obstante haber tenido conocimiento del hecho en fecha **veintiuno de enero de dos mil catorce**, es decir, meses previos al cumplimiento del plazo de la prescripción, la persecución penal **se inició cinco años después** de tener conocimiento de los hechos.

De ahí que se observe una conducta indeseada por parte del Ministerio Público Fiscal, pues se ha buscado realizar una delegación perversa al órgano judicial, en razón de que, aún y cuando el tiempo de la prescripción de la acción se encontraba cumplido, se ha decidido iniciar la misma, y que por los defectos con los que presentaba, se declararía extinta, delegando al órgano judicial un trabajo defectuoso, cuyo resultado negativo podría ser reclamado al sistema judicial, cuando el mismo es la consecuencia de la falta de perspicacia por parte de la Fiscalía General de la República.

Dicho descuido por parte del Ministerio Público Fiscal, quien, por Constitución, es el encardo de la persecución penal, implica que en el presente caso se

tenga que declarar la extinción de la acción penal, haciendo imposible la persecución del delito en su esfera criminal.

Si bien es cierto, es complicado conocer los motivos del retraso en el inicio de la acción penal, lo cierto es que, ha quedado evidenciado el desaliño fiscal en el presente caso, el cual permite acceder a la petición de la defensa.

La Fiscalía General de la República ha manifestado que no es posible aplicar la normativa vigente, en razón que al momento en que se derogó el Código Procesal Penal del año mil novecientos noventa y ocho, el tiempo relativo a la prescripción no se había cumplido.

Luego, esta Cámara verifica que dicho argumento, en realidad, abona a lo planteado en la presente resolución, pues – como se afirmó previamente – si se trata de una situación jurídica no consolidada, es posible introducirse al tema de aplicación de ley más favorable. De lo contrario, si la situación jurídica, ya se hubiese consolidado, dicho debate no fuera permitido.

No obstante, en el presente caso, si la situación jurídica, ya se hubiera consolidado, es decir que el tiempo relativo a los diez años ya se hubiera cumplido, de igual forma se seguiría aplicando el CPP derogado en el presente caso.

Ahora bien, es importante destacar que, precisamente, por ser una situación no consolidada, Fiscalía pudo haber instado la acción y haberla interrumpido, pues hay un margen de tres meses entre el conocimiento y el vencimiento y consolidación del plazo, sin embargo, reacciona cinco años después, a un mes del vencimiento del plazo regulado actualmente.

Ante ello, es necesario aclarar que dicha situación no es reprochable al actual titular de la Fiscalía General de la República, pues el mismo no se encontraba

Entonces, es posible acoger la queja de los recurrentes, en razón de haberse aplicado erróneamente el artículo 504 CPP vigente, lo cual tiene como consecuencia que ha existido un error en el cálculo de la prescripción por parte de la Fiscalía General de la República, y que el mismo ha sido avalado por la Juez Segundo de Paz de San Salvador, lo cual, a juicio de esta Cámara es inaceptable, debiendo revocar dicha decisión y declarar **ha lugar la excepción perentoria de extinción de la acción penal**.

Como consecuencia jurídica de lo anterior, es procedente declarar el **sobreseimiento definitivo** a favor de los procesados, específicamente de los señores **[...],** ello en cuanto a la responsabilidad penal por la que se les ha atribuido...".
Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 96-2019-5, fecha de la resolución: 05/07/2019

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

CONSIDERACIONES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

"La presunción de inocencia forma parte de la garantía de ser juzgado con un proceso constitucionalmente configurado, ello al tenor del Art. 12 Cn. que dispone:

"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 el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa".

En cuanto a su contenido programático la Sala de lo Constitucional ha expuesto lo siguiente:

"[E]l principio de presunción de inocencia o de no culpabilidad posee al menos tres significados claramente diferenciados: (i) es una garantía básica del proceso penal; (ii) es una regla referida al tratamiento del imputado durante el proceso; y (iii) es una regla relativa a la actividad probatoria [...]

De conformidad con el primer significado, la presunción de inocencia también constituye un límite al legislador frente a la configuración de normas penales que impliquen una presunción de culpabilidad, una condena anticipada, y que conlleven al imputado la carga de probar su inocencia.

De acuerdo con el segundo, en la instauración y desarrollo del proceso penal debe partirse de la idea de que el imputado es inocente, por lo cual deben reducirse al mínimo las imposiciones de las medidas restrictivas de derechos fundamentales, con el objetivo de que éstas no se configuren en penas anticipadas para el inculpado.

Y en relación con el tercer significado, la prueba presentada en la causa penal a fin de sostener y comprobar una imputación para lograr un fallo condenatorio, debe ser suministrada por la parte acusadora, imponiéndose la absolución ante la existencia de dudas sobre la culpabilidad del reo, o bien sea por la carencia de la prueba de cargo suficiente" (Proceso de Inconstitucionalidad 54-2004, Sentencia de las 8:20 horas del 5 de octubre de 2011)

La última acotación jurisprudencial encuentra su desarrollo en el art. 7 CPP., que ordena al Juez que al encontrarse en una situación de incerteza sobre la culpabilidad debe de considerar aquello que favorezca más al acusado.

Cuando se habla de arribar a un estado de certeza de culpabilidad más allá de toda duda razonable, se hace referencia a una garantía procesal que - reafirmando el tratamiento de inocente - requiere al juzgador acreditar la responsabilidad penal de la persona superando cualquier duda razonable."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 110-2019, fecha de la resolución: 28/05/2019

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

CONSIDERACIONES SOBRE LA CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA

"**2.** Los recurrentes aducen como motivo de apelación la existencia del vicio regulado en el artículo 400 número 9) CPP., que regula la *Inobservancia de las Reglas Relativas a la Congruencia entre la Sentencia, la Acusación y el Auto de Apertura a Juicio*, para entender su contenido se vuelve importante relacionar que éste vicio está íntimamente relacionado con el Principio de Congruencia, con el que se procura evitar la violación de los derechos del imputado, en el sentido de no encontrarse en el debate con variaciones al cuadro fáctico que consti-

tuya un total rompimiento entre lo sostenido en la acusación, con lo admitido en el auto de apertura a juicio y lo que al final queda establecido en la sentencia, de ahí que el derecho de defensa se garantiza, cuando el imputado y su defensor intervienen en la recolección de pruebas, para que durante el plenario no sean sorprendidos por cambios esenciales en los hechos que le son imputados.

3. Cuando se habla de correlación entre acusación y sentencia, se ha querido establecer un marco fáctico, como límite de la actividad jurisdiccional, en resguardo de los derechos del acusado en especial del derecho de defensa. La acusación constituye el límite de su juzgamiento...la voz correlación no es utilizada como sinónimo de identidad o adecuación perfecta en toda su extensión. No se extiende más allá de los elementos fácticos esenciales de las circunstancias y modalidades realmente influyentes en ellos, hasta el punto que la defensa haya podido ser afectada si la sentencia condenatoria se aparta de ese material. [Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia Definitiva Referencia 610-CAS-2006 de fecha 30 de mayo de 2008].

4. De lo anterior se deduce que el artículo 400 número 9) CPP., protege en calidad de vicio de la sentencia, que una persona sea condenada por un hecho distinto del que ha sido imputado desde las etapas iniciales del proceso, es decir, que no debe existir una variación abusiva del marco fáctico que constituya una total ruptura entre lo dicho en la acusación, el auto de apertura a juicio y la sentencia. En tal sentido, la obligación que la sentencia penal debe ser congruente, significa que ésta debe ser adecuada a las peticiones formuladas por todas las partes acusadoras o acusadas y su correlación se expresa en el fallo; este requisito se fundamenta en el principio acusatorio, en virtud del cual el Juez únicamente puede resolver sobre el objeto del proceso penal.

5. En concreto, la necesaria correlación entre la acusación y la sentencia; en consecuencia, no es posible alterar los hechos esenciales que constituyen el objeto del proceso; en otras palabras, 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, es decir, este principio impide que la sentencia condene por un delito más grave que el de la acusación, aprecie agravantes o formas de ejecución y participación más gravosa que las planteadas en la acusación o que condene por delitos diferentes que no sean homogéneos, esto es, que contengan elementos que no hayan sido objeto del juicio y de los que el acusado no haya podido defenderse. [Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia Definitiva Referencia 68-CAS-2009, de fecha 04 de enero de 2012).

6. Así, el defecto de la sentencia atinente a la inobservancia de las reglas de la congruencia entre la sentencia, la acusación y el auto de apertura a juicio se encuentra regulado en el número 9) del Art. 400 CPP., y ocurre cuando no existe concordancia entre la petición realizada por la parte acusadora en el dictamen de acusación, lo resuelto en el auto de apertura a juicio y lo establecido por el juez en la sentencia, salvo cuando se produce una ampliación de la acusación en los términos del Art. 384 CPP., en la que se le puede dar otra calificación jurídica distinta al hecho acusado, lo cual en el caso de autos no ha sucedido,"

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-27-SC-2019, fecha de la resolución: 14/03/2019

PRINCIPIO PROCESAL RELACIONADO CON LA GARANTÍA AL DEBIDO PROCESO

"III. *Es* necesario mencionar que el principio de congruencia se encuentra regulado en el Art. 397 Pr. Pn., en el que se ejercita el debido proceso y el derecho de defensa, el cual establece un límite al conocimiento del caso, es una frontera que debe respetarse en la sentencia y que está constituida por los hechos descritos en la acusación o en su ampliación, admitidos en el auto de apertura a juicio, y por supuesto que en su momento se tendrán por acreditados en la sentencia.

La congruencia es un principio procesal que se relaciona a la garantía del debido proceso, que marca al Juez un camino para poder llegar a la sentencia, y fija un límite a su poder discrecional. La congruencia se manifiesta en la adecuación entre lo pedido y la decisión judicial contenida en la sentencia. El Juez en su sentencia, debe expresar en los considerandos el por qué de su decisión, haciendo alusión a los hechos que las partes invocaron y a las pruebas producidas, aplicando las normas jurídicas pertinentes. A posteriori, la parte dispositiva condena o absuelve, pero siempre de acuerdo al petitorio.

En ese sentido, es fundamental que la acusación contenga una relación precisa, circunstanciada y especifica del hecho atribuido, puesto que con ello se está garantizando la defensa del encausado, quien se ve desprotegido cuando no se hace una adecuada relación del hecho, pues se genera incertidumbre sobre lo que debe contrastar en juicio.

EXIGE QUE EL TRIBUNAL SE PRONUNCIE ÚNICAMENTE RESPECTO DEL HECHO POR EL QUE SE ACUSA AL INCULPADO

"En los mismos términos la Sala de lo Penal en resolución con Ref. 26-CAS-2016 del 23-01-2017 sostiene: "(...) el Principio de Congruencia exige que el tribunal se pronuncie únicamente respecto del hecho por el que se acusa al inculpado; en ese sentido, la obligación de que la sentencia penal tiene que ser congruente, significa que debe ser adecuada a las peticiones formuladas por las partes acusadoras o acusadas, su correlación se expresa en el fallo; este requisito se fundamenta en el principio acusatorio, en virtud del cual el Juez únicamente puede resolver sobre el objeto del proceso penal. En consecuencia, no es posible alterar los hechos esenciales que constituyen el objeto del proceso; en otras palabras, el Tribunal no puede basar su sentencia en hechos distintos a aquellos de los que se acusó al imputado, pues de lo contrario se estaría afectando el derecho de defensa (...)".

De igual forma, respecto al alcance del principio de congruencia la misma Sala ha sostenido "(...) lo que se prohibe es que la condena se dicte por un hecho diverso del que fuera objeto de la imputación, o haciendo mérito de alguna circunstancia ajena a la acusada, de tal forma que éste se modifique en su propia esencia; tampoco se debe imponer una pena superior a la que solicitaron, es decir, este principio impide que se sancione un delito más grave, aprecie agravantes o formas de ejecución y participación más gravosas que las planteadas en la acusación o que se condene por delito distinto que no sea homogéneo, esto es, que contenga elementos que no hayan sido objeto del juicio y de los que el

indiciado no haya podido defenderse." (Véase casación con Ref. 151C2015, del 31-08-2015; retomado en el proceso Ref. 215C2016, del 20-12-2016).

En conclusión, el principio de congruencia se encuentra relacionado a los principios acusatorio y de defensa, así como a la unidad lógica y jurídica del proceso, vinculado al derecho fundamental de petición y respuesta, previstas en el Art. 18 de la Constitución de la República, el cual se configura como una barrera a las facultades decisivas del juzgador para evitar supuestos de omisión o excesos en la resolución de los puntos litigiosos propuestos por las partes."

Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente, número de referencia: 531-2018, fecha de la resolución: 15/08/2019

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PRUEBA

EL JUZGADOR ESTÁ OBLIGADO A GARANTIZAR QUE TODO MEDIO PROBATORIO SEA INCORPORADO LEGALMENTE, AL IGUAL QUE LAS PARTES ESTÁN OBLIGADAS A TENER UNA PARTICIPACIÓN ACTIVA Y NO NEGLIGENTE

"i. El artículo 400 numeral 3° CPP, considera como un vicio, el hecho que la sentencia se base en elementos probatorios que hayan sido incorporados ilegalmente al juicio. Dicha disposición es la manifestación clara de que si existe alguna prueba que haya sido incorporada de forma contraria a las disposiciones procesales, la sentencia adolecerá de un vicio insubsanable, por el que sería necesario anular la misma e incluso se tendría que anular la audiencia de vista pública, con el objetivo que dicho error sea reparado por el Órgano Judicial.

Cabe destacar que dicho error es atribuible al director del proceso o de la audiencia de vista pública, que son los encargados de garantizar que todo medio probatorio se incorpore de la forma prevista por el legislador en las disposiciones creadas para ello; de esa manera se espera que se cumpla con los principios básicos de seguridad y certeza jurídica, propios de un Estado constitucional de derecho. No obstante, se resalta que también es imputable a las partes, quienes deben de tener una participación dentro del proceso, la cual debe ser activa y no negligente, debiendo alegar cualquier circunstancia que consideren sea contraria a lo establecido por las disposiciones procesales, lo cual no ha sucedido en el presente caso. Sin embargo, al revisar la forma en la que se desarrolló la vista pública, se constató que no ha existido ningún tipo de queja por parte de la defensora, a quien también se le advierte que – en el ejercicio de defensa efectiva – de los imputados, debe llevar a cabo un ejercicio activo de su función, en aras de buscar el cumplimiento de derechos en favor de los procesados, lo cual incluye la queja inmediata – en audiencia – al detectar que ha existido una infracción de ese tipo, debiendo tomar en cuenta esto para futuras actuaciones en el desempeño de sus funciones.

Por supuesto que dicha actividad controladora recae sobre los elementos de prueba que se presenten, que, tal y como se extrae del Código Procesal Penal, pueden consistir –generalmente – en prueba documental, testimonial y pericial. Cada uno de dichos elementos pueden ser incorporados de diferentes formas,

atendiendo a la naturaleza de cada uno de ellos, pues no se aplicarán las mismas reglas de incorporación de la prueba documental a la prueba testimonial.

En términos generales, es correcto afirmar que, al tratarse de prueba testimonial, la misma se introduce con la declaración de aquella persona que haya sido propuesta para ello, mientras que la prueba documental puede ser introducida, ya sea mediante su lectura e incluso por medio de un acuerdo entre las partes, en donde se hace uso de la figura denominada estipulación probatoria (misma que se analizará en párrafos posteriores); mientras tanto, la prueba pericial pueden llegar a aplicarse las reglas expuestas tanto para la prueba testimonial como la prueba documental, pues al tratarse de peritajes, no se puede ignorar que el mismo está compuesto de dos elementos, siendo el primero el relativo al informe (estrictamente documental), y el segundo se encuentra relacionada con la declaración del perito en la audiencia de vista pública."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 274-2018, fecha de la resolución: 08/02/2019

RETENCIÓN DE PROCESADO PRODUCTO DE UN OPERATIVO POLICIAL, NO AFECTA DERECHOS FUNDAMENTALES SIEMPRE QUE SEA FRUTO DE UNA INVESTIGACIÓN

"1.1 Para que el proceso penal tenga validez constitucional y pueda cumplir con su fin de realización de justicia, es menester su acondicionamiento a garantías constitucionales, con exclusión de todo vicio que incida en la incorrecta aplicación de la ley.

Debe señalarse que no basta con que los fundamentos establecidos en la sentencia sean correctamente legales, sino que además es preciso que el camino para arribar a la condena o absolución sea igualmente legal.

Debe siempre de respetarse el principio de legalidad procesal art. 2CPP, el cual implica la sujeción de la actividad judicial a normas y reglas establecidas por el ordenamiento jurídico; el no respetarse dicho principio conlleva dos consecuencias; la primera que carezca de eficacia los actos realizados en contra de la ley y la segunda que estos actos contrarios deban de desaparecer del proceso, destruirse, reconstruyendo el camino correcto, justamente, este es el basamento de la doctrina de la nulidad de actuaciones.

Para el caso en concreto, el apelante ha manifestado que dicha nulidad absoluta es por haberse violentado derechos fundamentales, es decir la causal siete del art. 346 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. [...]"

Esto significa que todo acto realizado por dentro en el proceso penal, debe de tener un respaldo de que se han respetado garantías y derechos fundamentales; si estos no han sido observados por el Ministerio Público y/o Policía Nacional Civil deberán carecer de valor.

Como consecuencia de lo anterior es que ante una inobservancia de las reglas de la obtención de la prueba, esta puede conllevar la suerte de ser una prueba ilícita, La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia ha establecido

que todo acto vejatorio de derechos fundamentales en la obtención de la prueba debe ser considerada como prueba ilícita.

Fija criterios en cuanto a "Préstese ahora especial atención a la exigencia de "licitud". Este supuesto prohíbe emplear medios vejatorios para alcanzar las pruebas. En ese entendimiento, carece de todo valor aquella que ha sido obtenida con infracción de las reglas del respeto a la vida, dignidad humana, integridad corporal, etc., ello es dispuesto así, por los Arts. 4 y 5 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; y los Arts. 3 y 175 del Código Procesal Penal.

Para el caso en particular, el apelante manifiesta que la nulidad "ocurre" al momento en que los procesados son retenidos y conducidos a la División Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil, pues no se les estableció ninguna imputación, en ese sentido se logra determinar que la supuesta retención es en referencia a la sospecha que tuvieron los agentes en el retén policial, que los procesados transitaban en el vehículo automotor con Droga. Establecidas consideraciones relativas a la nulidad del proceso penal y exclusión de la prueba se pasara analizar la argumentación judicial de primera instancia sobre este motivo.

1.2 El argumento judicial establecido en la sentencia condenatoria para denegar la causal de nulidad absoluta, consistió en verificar los hechos, con especial énfasis al momento de la detención.

Primeramente se establece el aviso o conocimiento que tuvieron los agentes investigadores de la División Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil, específicamente el agente […], quien manifestó que […].

Como se logra establecer desde que se les hizo señal de alto en el retén policial (veintidós horas con treinta minutos), hasta el momento en que se hizo efectiva la detención (veintitrés horas con cincuenta minutos), transcurrió aproximadamente una hora con veinte minutos. Dicha retención, pues en ningún momento estuvieron esposados, tuvo una justificación por parte de los agentes captores (revisar el vehículo en un lugar seguro y con seguridad) de lo anterior es que se trasladaron a la DAN, lugar donde se realizó la inspección canina y posteriormente prueba de campo.

Dicha justificación de retención fue positiva, pues se comprobó que los imputados trasladaban ciento sesenta paquetes de cocaína, fue en ese momento que se les hizo la imputación formal por el delito de tráfico ilícito, previamente únicamente habían sido retenidos, por tener sospecha los agentes de la DAN, sobre el posible tráfico de drogas, situación que posteriormente fue corroborada.

Como se refleja, desde el momento del retén policial hasta que los imputados fueron detenidos, transcurrió aproximadamente una hora con veinte minutos, retención que para este Tribunal de Alzada ha sido justificada en base al art. 6 literal C de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, norma que es compartida por el tribunal inferior:

"[...]c)Practicar registro de todo vehículo terrestre, aéreo o marítimo que ingrese en el territorio nacional, así como de aquellos que circulen en él, cuando existan elementos de juicio suficientes de que en éstos se transportan sustancias como las señaladas en el artículo 2 de la presente Ley, reteniéndolos por un plazo máximo de setenta y dos horas, dentro del cual deberá practicar las diligencias que sean necesarias para determinar si han sido utilizados para el cometimiento de algún delito de los señalados en la presente Ley;" [...]"

Consta además […] al final del acta de captura, que a los procesados después de haberse determinado que el material que transportaban era cocaína, les fueron leídos sus derechos, asimismo consta su lectura formal […], en donde ambos imputados suscribieron, haciendo constar que fueron comunicados sobre sus derechos como imputados.

En ese sentido se determina que no ha existido en el transcurso del operativo policial ninguna violación a derechos fundamentales, puesto que la retención en la que se tuvo a los procesados durante una hora y veinte minutos, resulta ser justificada, al ser con fines de investigación, los cuales posteriormente dieron una sospecha positiva, al determinar que lo encontrado bajo la cama del pick up resultaba ser cocaína, del cual posteriormente mediante pericia por parte de la División Policía Técnica Científica […].

Para finalizar, el análisis del A Quo, también es importante destacar que bajo ninguna circunstancia puede ser considera la retención (una hora con veinte minutos) de dilatoria, puesto que ha quedado debidamente documentado las diligencias realizadas (prueba de campo, embalaje y posterior imputación) durante el transcurso de ese tiempo, en consecuencia los elementos probatorios posteriores a la retención y posterior acusación, tienen validez por haberse concluido la no existencia de violación a derechos fundamentales.

1.3 verificado el análisis de primera instancia, asimismo el estudio del expediente judicial, este Tribunal de Apelaciones concluye, rechazar el presente motivo de nulidad absoluta del proceso penal, por no haberse encontrado vicio alguno de la intervención policial, asimismo por haber sido correcta la argumentación judicial."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 36-2019, fecha de la resolución: 25/02/2019

PRINCIPIO DE LEGALIDAD RECURSIVA

TAXATIVIDAD DE LAS RESOLUCIONES RECURRIBLES

"**A. Consideraciones sobre el principio de legalidad recursiva**

La previsión de las resoluciones que pueden ser impugnadas ante un tribunal superior en grado por medio de la apelación, se encuentran reguladas por Ley, de ahí que los recursos **no son generales,** puesto que no proceden en todos los casos.

Debe tenerse en cuenta que el acceso a la apelación no es de carácter automático, pues se encuentra regulado rigurosamente en nuestro ordenamiento jurídico, particularmente en el derecho procesal penal se establecen principios y límites, subjetivos y objetivos respecto de las resoluciones que admiten apelación.

El límite objetivo – que es el que interesa analizar para los efectos de esta decisión – **es el denominado** principio de taxatividad (especificidad objetiva o legalidad recursiva) de acuerdo al cual únicamente las decisiones regladas por el ordenamiento jurídico como recurribles, lo son, y estrictamente por medio del instrumento definido por el legislador para ello.

En ese sentido el art. 452 CPP., establece que:
"Las resoluciones judiciales serán recurribles solo por los medios y en los casos expresamente establecidos" (cursivas y subrayado son de esta Cámara)."
Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 224-2019-2I, fecha de la resolución: 15/08/2019

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES NO PUEDEN ARROGARSE COMPETENCIA ALGUNA, SI LA LEY NO LES HABILITA

"Un punto de partida idóneo para analizar la pretensión esgrimida por el licenciado […] resulta, precisamente, la alusión al principio de legalidad de la administración pública en su vinculatoriedad positiva con respecto a la ley. Esto, en términos llanos, significa que, tal como lo establece el art. 86 párr. tercero Cn, los funcionarios de gobierno -incluida esta Cámara- no tienen otras facultades más que las que la ley les atribuye. El citado principio sirve a los individuos como parámetro de predictibilidad de la respuesta estatal, permitiéndoles conocer de antemano el cauce que cualquier proceso, trámite o actuar de índole pública seguirá e incluso su resultado.

Este principio también cuenta con una trascendencia importante en la observancia de las reglas previamente instituidas sobre las cuales se cimenta la estabilidad de la dinámica democrática de nuestro Estado y de las personas que ostentan algún cargo de elección pública directa o indirecta. Es una obligación de todo Estado que aspira a llamarse una verdadera democracia el férreo e irrestricto respeto a las formas, trámites y procedimientos que inciden en la configuración democrática del Estado; pues la legalidad funciona como una garantía de intangibilidad del poder, salvo por motivos previamente ponderados y estatuidos."
Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: APL-378-2019, fecha de la resolución: 19/12/2019

PRINCIPIO DE LESIVIDAD

MERA INFRACCIÓN NORMATIVA NO SUPONE LA CONCURRENCIA DE UN INJUSTO PENAL, POR LO QUE NO ES VIABLE IMPONER PENAS CUANDO LA CONDUCTA TRANSGRESORA DE UNA NORMA JURÍDICO PENAL NO HA PUESTO EN RIESGO EL OBJETO DE PROTECCIÓN

"El Art. 3 Pn**.**, establece "No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal" (Sic).

El principio de lesividad debe regirse por un aspecto fundamental, la exigencia que el establecer conductas delictivas sea legítima, siempre que el tipo penal esté sustentado sobre la tutela de bienes jurídicos relevantes para el Derecho

Penal, de ahí que, no todos los bienes jurídicos deben ser protegidos por el Derecho Penal, ni tampoco puede ser tutelado de todas las formas de ataque, sino únicamente cuando el interés tutelado sea valioso y la forma de ataque sea de manera intensa, es por eso que la mera infracción normativa no supone la concurrencia de un injusto penal, por lo que, no es viable imponer penas cuando la conducta transgresora de una norma jurídico penal no ha puesto en riesgo el objeto de protección.

Además, esto constituye un límite en cuanto a que si determinada conducta se encuentra contemplada dentro de un tipo penal, debe valorarse si la misma lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido, requisito sin el cual, dicha conducta no adquiere relevancia penal; asimismo, sirve de instrumento a efecto de extraer cuál es la razón de la existencia de un determinado delito y qué es lo que pretende proteger, también sirve como criterio para decidir la gravedad de la pena a aplicar, puesto que deben tomarse como parámetros, la naturaleza del bien jurídico protegido y la intensidad en que ha sido lesionado, para imponer una pena que sea proporcional a la conducta realizada."

JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL SOBRE EL ÁNIMO DE TRAFICAR

"En ese mismo respecto, han de tenerse en consideración los criterios sobre determinar el "ánimo de traficar" indicados en la Sentencia de la Sala de lo Constitucional, de las nueve horas del día dieciséis de noviembre del año dos mil doce, bajo referencia 70-2006/71-2006/5-2007/18-2007/19-2007, respecto de los incisos. 1º y 2º del Art. 34 LRARD, donde se expresa que: *"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".* (Sic).

El mismo tribunal constitucional, en la sentencia citada expresa que toda conducta auto lesiva es impune y, en ese contexto fundamentó que la Posesión y Tenencia de drogas ilícitas para esos fines no es punible (incisos 1º y 2º del Art. 34 Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas). En ese sentido, se tiene que el tipo penal de POSESIÓN Y TENENCIA queda reducido al comportamiento típico de que el sujeto a sabiendas dispone o detenta drogas ilícitas para un tercero; pero sin la finalidad de incursionar en el ciclo del comercio de la droga; es decir, que no puede imputársele o acreditársele el delito de TRÁFICO ILÍCITO, ni el de POSESIÓN Y TENENCIA con la finalidad de realizar una actividad de Tráfico Ilícito, no existiendo duda que tiene o posee drogas ilícitas de manera consciente y voluntaria y no son para auto-consumo."

Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, número de referencia: 332-2019, fecha de la resolución: 21/10/2019

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

OPERA FUNDAMENTALMENTE EN LA RELACIÓN ENTRE LA CONDUCTA JURÍDICA NEGATIVA Y LA CONSECUENCIA DE LA MISMA

"No obstante, es oportuno recordar que el principio de proporcionalidad de las penas opera fundamentalmente en la relación entre la conducta jurídica negativa y la consecuencia de la misma. Es decir que, al existir un marco en la pena, los jueces pueden decantarse por aquella que estimen conveniente dentro de las reglas que el Código Penal establece, según concurran o no escenarios que determinan una mayor o menor proporción de lesividad para el bien jurídico o de culpabilidad del sujeto. En ese entendimiento, el operador judicial dispone de libertad para aplicar proporcionadamente las circunstancias objetivas y subjetivas del delito cometido para decidir la pena concreta, debiendo razonarlo así en su decisión. (Véase en Lecciones de Derecho Penal. Parte General. ********** DE LA TORRE, Ignacio Berdugo, Et. Al. Edit. Praxis, 2a Edic., Barcelona 1999, p. 62), y para el caso concreto, con base a los principios de necesidad y proporcionalidad de la pena, y el artículo 34 Inciso segundo de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Droga."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-11-19-11AI, fecha de la resolución: 27/03/2019

PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

"Respecto de ese cuestionamiento es preciso señalar, que el **Principio de Responsabilidad** se encuentra regulado en el Art. 4 del Código Penal, el cual preceptúa en los incisos primero y segundo lo siguiente *"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 aquélla 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.""""*

Tomando en consideración ese principio, no es posible responsabilizar de un hecho a quien ha actuado **sin dolo**, es decir -sin saber lo que hacía-, ni imprudencia -sin haberlo podido prever-; esta exigencia es también conocida con el nombre de "principio de responsabilidad subjetiva", que se vincula al carácter personal del ilícito penal, ya que las normas penales solo prohíben la realización de acciones que el autor sabe, o puede saber, que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal; por ello, la simple realización de la vertiente objetiva de un tipo penal no es suficiente para que el autor pueda ser sancionado con una pena, es necesario además que ese resultado haya sido conocido por el autor, que es lo que se conoce como **dolo**, o haya sido al menos previsible para él."

Cámara de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, número de referencia: 368-P-18, fecha de la resolución: 26/04/2019

PRINCIPIO INDUBIO PRO REO

CUANDO EL ESTADO DE DUDA IMPERA EN EL INTELECTO DEL JUZGADOR, SE DEBE SER RESOLVER LO MÁS FAVORABLE A LOS INTERESES DEL PROCESADO

"iv. Según lo establecido en el art. 7 CPP que contempla el principio *in dubio pro reo*, cuando el estado de duda impera en el intelecto del Juzgador, deber ser resuelto lo más favorable a los intereses del procesado, así ha sido sostenido por la Honorable Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación *N° 61-CAS-2005* de las 10.28 horas del día 22-VII-2005 al manifestar que: *"...el principio de in dubio pro reo constituye una regla procesal aplicable únicamente en caso de que la prueba producida en el debate, genere duda en la convicción del juzgador, dicha regla se relaciona con la comprobación de la existencia del delito y la participación del imputado, correspondiéndole su apreciación crítica a la libre convicción del Tribunal de Sentencia al momento de valorar la prueba. Se crea la duda cuando existen determinados elementos probatorios que señalan la culpabilidad del imputado, y a éstos no se les da la credibilidad necesaria para derivar con certeza lo que se pretende probar, sea porque existen otras pruebas que lo descartan o porque aquella prueba en sí mismo no le merece confianza..."*.

PREMISAS QUE DEBEN SURGIR PARA JUSTIFICAR LA ABSOLUCIÓN DEL IMPUTADO

"v. De lo anterior se extrae que el estado de dubitación debe ser deducido de aspectos objetivos que debilitan el sustrato fáctico acusado, por inconsistencias de entidad suficiente en la información extraída de las fuentes de conocimiento que no permiten arribar a la certeza positiva de la comisión del ilícito y la participación del incoado, solamente ante esas premisas se justifica la absolución invocando la referida institución jurídica y, por ello, este Tribunal examinó los fundamentos adoptados por la Juzgadora a efecto de corroborar si se encuentran apegados a derecho."

Cámara de la Segunda Sección del Centro, número de referencia: INC-185-2019-PN, fecha de la resolución: 04/12/2019

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL Y ALCANCES RESPECTO A SU CONTENIDO

"... 4. i. En fecha veintiséis de octubre del año dos mil dieciocho, se tramitó en esta misma sede, el expediente marcado bajo la referencia 193-2018-SJ, en el que se impugnó la decisión emitida por el Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador mediante la cual sobreseyó definitivamente y absolvió de la responsabilidad civil al imputado Francisco Guillermo Flores Pérez.

Vale resaltar que, en dicho pronunciamiento, la Magistrada Rosa María Fortín Huezo se encontraba debidamente excusada de su conocimiento, en razón de haber realizado el procedimiento establecido por ley para tramitar su excusa,

misma que fue aceptada por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, separándola de conocer de ese caso, y nombrando como Juez suplente a la licenciada Marta Lidia Peraza.

Sin embargo, dicha circunstancia no implica que no conozca los hechos que se juzgaron en dicha ocasión, pues más allá de tratarse de un caso mediático, el mismo se conoce en razón de su labor judicial como magistrada, pues como tal, conoce la jurisprudencia emitida por este Tribunal de Apelaciones, además, para formular su excusa fue necesaria la imposición del caso, es decir que tuvo que analizarlo con el objetivo de verificar la procedencia de la excusa.

ii. El sobreseimiento definitivo al que se ha hecho referencia, obedece a que el señor Francisco Guillermo Flores Pérez falleció mientras el proceso seguido en su contra se encontraba siendo tramitado.

iii. En dicha oportunidad, la persona aludida se encontraba siendo acusada por la comisión de los delitos calificados como Peculado, Enriquecimiento Ilícito y Desobediencia de Particulares, descritos típicamente y sancionados en los artículos 325, 333 y 338 CP, respectivamente, todos en perjuicio de la Administración Pública, relacionadas con la recepción – de acuerdo a la Fiscalía General de la República – de millones de dólares procedentes del gobierno de China-Taiwán en concepto de donación, y de los cuales se desconocía su paradero.

Vale la pena mencionar que son los mismos hechos por los que la Asamblea Legislativa de El Salvador, mediante acuerdo número 1360 de fecha cinco de diciembre de dos mil trece, y que fue modificado por el acuerdo número 1390 de fecha nueve de enero de dos mil catorce, creó la Comisión Especial para investigar el destino de Fondos Donados por la República de China-Taiwán, entre octubre de dos mil tres y abril de dos mil cuatro; así como el destino final de los fondos recibidos como donativos o préstamos para los programas de reconstrucción Post-Mitch y los recibidos para atender la emergencia y reconstrucción post-terremotos de enero y febrero del año dos mil uno.

Dichos elementos, tanto fácticos como subjetivos, motivaron el inicio de dicho proceso, mismo que – como se mencionó anteriormente – concluyó con el sobreseimiento definitivo del inculpado por haber fallecido en la tramitación del mismo, así como en la absolución de la responsabilidad civil de su parte.

En dicha oportunidad, este Tribunal de Apelaciones, emitió pronunciamiento, expresando lo siguiente:

"A. ***Inadmítese*** *la apelación suscrita por la agente auxiliar del Fiscal General de República [...], contra la absolución en responsabilidad civil de los herederos del sindicado [...], a quien se le atribuyeron los delitos calificados provisionalmente como Peculado, Enriquecimiento Ilícito y Desobediencia de Particulares, descritos típicamente y sancionados en los artículos 325, 333 y 338 CP, respectivamente, todos en perjuicio de la Administración Pública*".

De esa forma concluyó el proceso iniciado por el señor [...], decisión que adquirió firmeza al no haber sido presentado ningún recurso de casación respecto del mismo.

iv. Ahora bien, como se ha podido observar, en el presente caso, marcado bajo la referencia 96-2019-5 en esta Cámara, se intenta la persecución penal nuevamente por en contra del imputado Flores Pérez por los mismos hechos,

por lo que esta Cámara estima necesario expresarse respecto del derecho fundamental del *ne bis in ídem*:

El derecho fundamental de *ne bis in ídem* o *non bis in ídem*, es conocido en español como *prohibición de doble juzgamiento o de múltiple persecución*. La esencia del derecho mencionado busca que nadie pueda ser condenado o perseguido varias veces por el mismo hecho. Dicho fundamento tiene su respaldo constitucional en el artículo 11 de la Constitución de la República, el cual dice:

"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 juicio con arreglo a las leyes; ***ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa*** (resaltado suplido).

En consonancia con lo anterior, la disposición constitucional citada abarca dos dimensiones, la primera en cuanto al impedimento de doble condena, mientras que la segunda implica que la misma persona no sea perseguida dos veces por la misma causa.

Lo anterior se encuentra desarrolla por la Sala de lo Constitucional en la sentencia del diez de julio de dos mil tres, en el Habeas Corpus con referencia 111-2003.

Además, se abarca que, las dos vertientes a las que se ha hecho referencia constituyen un aspecto sustantivo (condena) y un aspecto procesal (persecución).

Dentro del texto constitucional se encuentran diferentes términos que deben ser analizados, con el objetivo de llegar a la conclusión más justa para toda persona a la que se le quiera juzgar o condenar dos veces por la misma causa; y es que, al referirse al término *"enjuiciado*", se observa el matiz sustantivo de la disposición, para para ello se requiere que exista un pronunciamiento de fondo, lo cual tendría como consecuencia que ya no pueda existir un posterior procedimiento sobre los mismos hechos, en contra del mismo sujeto y por los mismos motivos.

Ahora bien, el término *"causa"*, se encuentra estrechamente vinculado con la triple identidad de las categorías jurídicas:

1. Cosa Juzgada o *eadem res.*
2. Identidad de la persona o *eadem persona.*
3. Causa de pedir o *eadem causa petendi.*

Cada una de dichas categorías deben ser observables y atendibles ante un caso, para poder identificar que – en efecto – se está en presencia de una doble persecución o de un doble juzgamiento, pues es necesario aclarar que las categorías anteriores se refieren a una identidad objetiva, que a su vez, se relaciona con la coincidencia tanto fáctica como jurídica de los hechos y de las pretensiones, como de una identidad subjetiva que se relaciona tanto con el actor como con el sindicado.

Con relación a las dos primeras categorías, no se manifiesta un problema complejo en la comprensión del alcance de las mismas, pues basta con identificar que los hechos por los que se acusa a una persona, o ya le fueron atribuidos en un proceso previo, o ya se le condenó por los mismos; y de ahí se vincula la identidad de la persona, pues al verificar la existencia de los hechos, se espera contar con la identificación de la persona a la que se acusa.

Ahora bien, en cuanto a la tercera categoría es importante verificar si se trata de la misma causa, en el sentido que puede darse el caso en el que una misma conducta abarque diferentes conductas tipificadas en un mismo cuerpo normativo, o incluso que, a su vez, abarque conductas de dos diferentes cuerpos normativos.

Sin embargo, dicha cuestión ha sido perfectamente solucionada por el derecho penal, mediante la aplicación de los concursos, tanto el real como el ideal.

Ello permite que no se transgreda el principio de *ne bis in ídem*, pues al existir las categorías mencionadas, se espera que el ente acusador, que por naturaleza es la Fiscalía General de la República, lleve a cabo un análisis minucioso previo al inicio de la persecución penal, y que, de esa manera, incluya todas las categorías afectadas por la persona que se pretende acusar.

De lo contrario no existiría un ambiente certero que abone a la seguridad jurídica; pues se estaría a la expectativa que, aún y cuando ya se haya juzgado a una persona por una conducta, se podría iniciar otro proceso en contra de la misma por hechos que en realidad ya fueron juzgados, violando de esa manera el principio en comento.

Entonces, la causa de pedir queda supeditada a la correcta aplicación de la norma penal para incluir todas las categorías afectadas por una misma conducta, y si no se ha hecho de esa manera, no es posible reactivar un proceso seguido en contra de la misma persona, porque entonces se estaría vulnerando el principio mencionado y además, se estaría yendo en contra de la seguridad jurídica que provocó el proceso desarrollado con anterioridad, ya sea que el mismo haya tenido una conclusión favorable o desfavorable.

Con el análisis desarrollado anteriormente, es posible continuar verificando si respecto del señor [...], se ha violado o no el principio desarrollado anteriormente, pues de esa manera se podrá decidir de qué manera se resolverá respecto de él en el presente proceso..."

PESE A QUE REPRESENTACIÓN FISCAL HA PRETENDIDO REALIZAR LA PERSECUCIÓN PENAL POR MEDIO DE UNA TIPOLOGÍA DIFERENTE, EXISTE LA CONFIGURACIÓN DE UNA DOBLE PERSECUCIÓN EN CONTRA DEL IMPUTADO

"... v. De acuerdo a ello, se concluye que en el caso del señor **[...]**, se está en la presencia de un caso de doble juzgamiento, pues coincide en él, la triple identidad de las categorías jurídicas del principio al que se ha hecho referencia, es decir, que se trata de la misma persona, de los mismos hechos y de la misma causa de pedir.

Pues en relación a la primera categoría (*eadem res*) se verifica que ya existe una persecución en contra del señor Flores Pérez por los mismos hechos, y dicho procesamiento ya ha concluido, adquiriendo firmeza el mismo, tanto en su vertiente penal, como en su aspecto civil, lo cual nos lleva a la tercera categoría (*causa petendi*), pues lo que se ha buscado en dicha persecución ha sido la condena de una misma conducta, es decir, que no hay diferenciación en las conductas que se le atribuyen al señor Flores, no obstante que se ha aplicado un tipo penal diferente, la conducta sigue siendo la misma

Concluyendo entonces – integralmente con la segunda categoría (*eadem persona*), el cual se cumple desde el momento en el que se persigue a la misma persona, quien – como se mencionó antes – ya fue juzgado por los mismos hechos.

Vale la pena aclarar que, aún y cuando el Ministerio Público Fiscal ha pretendido la persecución penal por medio de una tipología diferente (pues en un primer momento se hizo por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, y ahora por lavado de dinero), ello no implica que el sujeto y los hechos varíen, convirtiéndose en una doble persecución disimulada o disfrazada.

En este mismo supuesto se ha pronunciado la Sala de lo Penal en el fallo 244-CAS-2011:

"Es decir, que el hecho objeto del primer proceso incorporaba las acciones constitutivas de la sustracción o desplazamiento físico ejecutadas para conducir a la niña víctima desde el interior del inmueble cerrado de propiedad privada en el que estaba pernoctando en compañía de familiares y amigos, hacia la playa pública en la que fue encontrada sin vida, circunstancia que no puede configurarse como un delito autónomo contra la libertad personal como se ha venido sosteniendo en la instancia, ya que no soporta el deslindamiento de los hechos, aun bajo la idea de un Concurso Real de Delitos, por la misma unicidad del evento y su indisolubilidad subjetivo-temporal.

Ahora bien, debido a que toda imputación alude a una hipótesis sobre el acaecimiento de un suceso que presenta las características de delictivo, la existencia real del evento histórico es irrelevante a los fines de la operatividad de la Garantía de Única Persecución. De modo que no es necesario que el mismo se haya verificado fehacientemente, su mera atribución como hipótesis acusatoria basta para que en caso de identidad pueda prohibirse su doble juzgamiento. Como derivación de ello, está vedada la promoción de una nueva acción penal sobre el mismo hecho con el argumento de que a pesar de una resolución firme se advierte luego que el mismo supuesto fáctico queda subsumido en otra figura típica distinta, como en el supuesto advertido del Art 7 N° 3 del Código Penal, lo mismo en los casos de calificaciones legales alternativas; siendo así que, lo que interesa es el núcleo del comportamiento primigeniamente ya juzgado, con independencia de sus circunstancias accidentales.

La prohibida doble persecución se da cuando existe identidad del objeto material del proceso- la denominada *eadem res,* entendida como identidad real y no jurídica-. Por lo que la confrontación que se ha efectuado, lo ha sido entre los supuestos de hecho de cada uno de los procesos vistos en su materialidad y no en su significación jurídica. Consecuentemente, la identidad advertida no es de delitos imputados, sino de hechos. En ese sentido Eduardo M. Jauchen, aludiendo a Núñez, en *La Garantía del "Non bis in ídem" en el Código Procesal de Córdoba,* sostiene que la identidad del objeto material del proceso debe referirse al *hecho principal,* este no se transforma en virtud de modalidades suya ulteriormente ocurridas o conocidas, siempre que la idea básica del hecho primitivo quede intacta.

Por tanto, establecida que ha sido entre ambos procesos, la respectiva identidad personal de los acusados […] así como la analogía de la base fáctica de las imputaciones, y la naturaleza penal de la pretensión, es procedente casar el fallo

condenatorio emitido contra las personas mencionadas, y enmendar directamente la violación de ley mediante pronunciamiento de un fallo absolutorio" (Sentencia de las las nueve horas del día veinticuatro de septiembre de dos mil catorce).

Entonces, la actuación de la Fiscalía General de la República en el presente caso podría implicar una estrategia temeraria, en razón que al verificar que en el primer juicio seguido en contra la persona indicada no se llegó a la condena civil del procesado, se haya incluido al mismo en el presente caso, con el objetivo de perseguir la misma, que dicho sea de paso, ya había sido pedida y que además la decisión respecto de la absolución de la misma ya se encuentra firme.

Por tanto, esta Cámara estima conveniente y procedente anular el presente proceso en relación al señor [...], lo cual incluye que la presente causa, **en relación al imputado mencionado**, se retrotraiga hasta antes de la presentación del requerimiento fiscal, no siendo posible iniciar nueva causa en su contra por los mismos hechos, aunque se pretende hacer por la vía de otra adecuación típica.

Dicha nulidad obedece a lo establecido en lo establecido en el artículo 346 CPP, específicamente en su numeral 7°, mismo que expone:

"El proceso es nulo absolutamente en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

[…]

7) *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".*

Con todo lo anterior, al concluir que la nulidad que se ha declarado es la que obedece a la inobservancia de derechos y garantías fundamentales, específicamente del *non bis in ídem*, o prohibición de doble juzgamiento – como se mencionó previamente – respecto del señor [...], deberá anularse el presente desde la presentación del requerimiento fiscal, siendo imposible iniciar una nueva causa en su contra, y menos por los mismos hechos a los que ya fue sometido a juzgamiento.

También del resultado de absolución de responsabilidad, la cual adquirió firmeza luego de no haber presentado casación de la decisión de la Cámara que declaró inadmisible el recurso de apelación presentado en contra de la decisión de absolución en responsabilidad civil.

Por tanto, las personas que quedan sujetas a la determinación de la responsabilidad civil, son los señores [...], sin embargo, en el caso de este último, la misma será perseguida en contra de sus herederos..."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 96-2019-5, fecha de la resolución: 05/07/2019

PROGRAMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN

PRINCIPIOS QUE CONSTITUYEN LÍMITES PARA LAS ACCIONES DE LOS OPERADORES DE JUSTICIA

"4.1) El Programa Penal de la Constitución, se define como un ámbito donde el legislador, en su tarea de formulación de normas penales, como el juez,

en la resolución del caso en concreto, deben encontrar las directrices esenciales que han de poner freno a cualquier manifestación incontrolada en el ejercicio del *ius puniendi*. [Sala de los Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad 52-2003, de fecha 14/02/2013]. Este programa penal, se encuentra integrado por una serie de principios que sirven como *disciplinarios* para el ejercicio del *ius puniendi*, en el sentido que constituyen límites para las acciones de los operadores de justicia.

4.2) Así, el *Principio de Legalidad*, encuentra relevancia constitucional en los Arts. 11, 12, 14 y 21 de la Constitución. Las acotaciones más importantes que de él se derivan son: (a) La reserva absoluta de ley en sentido estricto, es decir, la exclusiva facultad del Órgano Legislativo para definir los comportamientos penales y sus respectivas sanciones; (b) La irretroactividad de las normas penales desfavorables para el imputado; (c) La exigencia de determinación, certeza o taxatividad de las normas penales; y (d) La exclusión de la analogía *in malam partem* como fuente creadora de delitos y penas.

4.3) La reserva absoluta de ley, como ya se dijo, está referida a que la descripción de las conductas penalmente relevantes y la sanción que a éstas corresponderá, es una función exclusiva del legislador. En consecuencia, ningún otro órgano del Estado se encuentra autorizado para desarrollar tipos que califiquen las conductas humanas a la categoría de delitos.

4.4) La irretroactividad de las normas penales que desfavorezcan al justiciable, significa que una persona solo pueden ser imputada si la conducta cometida ya se encontraba tipificada como delito al momento de su comisión.

4.5) En cuanto a la necesidad de que los tipos penales sean determinados o taxativos, se traduce en una garantía para los gobernados, en el sentido que sólo podrán ser sometidos a un proceso penal si su conducta ha sido asignada por el legislador como merecedora de relevancia penal.

4.6) En última instancia, la Exclusión de la Analogía, como fuente creadora de delitos, es otra garantía, por medio de la cual se proporciona la certeza que los funcionarios judiciales, no rebasarán sus funciones aplicando tipos penales a situaciones análogas, es decir, parecidas, similares o semejantes, a aquellas que sí han sido definidas por el legislador.

4.7) La Exclusión de la Analogía, reviste una importancia especial, pues no solo representa una concreción del Principio de Legalidad, sino que se erige como una garantía de certeza para la persona sometida a un proceso penal, en el sentido que los clamores populares y los pronunciamientos sociales, no influirán en la *gnosis* del juzgador, para que se dé categoría de Delito a conductas que no lo son; o que se aplique un tipo penal a una conducta que se encuadra en otro.

4.8) Así, el presente pronunciamiento judicial, por medio del cual se realiza una correcta adecuación típica del Hecho Punible atribuido al imputado […], de Agresión Sexual en Menor, al Hecho Punible constitutivo de Falta de Actos Contrarios a las Buenas Costumbres y al Decoro Público, se encuentra apegada al proceso constitucionalmente configurado, y es una manifestación de la aplicación del Principio de Legalidad Penal."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 75-ANTEJ-2019, fecha de la resolución: 05/11/2019

PRUEBA ANTICIPADA

LA FINALIDAD BÁSICA ES EVITAR LA PÉRDIDA DEFINITIVA DE AQUELLOS ELEMENTOS DE PRUEBA RELEVANTES PARA LA FORMACIÓN DE UNA DECISIÓN JUDICIAL

"Para ello, es pertinente realizar acotaciones puntuales en cuanto a la regulación de los anticipos de prueba, su procedencia y pertinencia (1); así como el objeto del reconocimiento de personas (2); revisión de la resolución judicial (3); y los alcances del presente proveído (4) .

1. - El anticipo de prueba como tal, constituye una excepción al principio general de recepción de prueba en el juicio oral que contempla la exigencia de un juicio previo oral y público.

De acuerdo a las particularidades del caso, se permite que la práctica de un acto de prueba se realice de manera anticipada, sujeto siempre a los requisitos de inmediación y contradicción.

La finalidad básica de esta permisión radica en evitar la pérdida definitiva de aquellos elementos de prueba relevantes para la formación de una decisión judicial.

2. En cuanto al reconocimiento de personas se trata, el anticipo de prueba juega un rol importante en la investigación practicado por la autoridad judicial, durante la Instrucción o antes de esta por el Juez de Paz, cuyo presupuesto es la disponibilidad material del acusado, instrumento y competencias definidas por los art. 253 y 177 CPP.

3.- De acuerdo al razonamiento judicial que fundó la denegatoria del anticipo de prueba, se estimó improcedente sobre la base de las conclusiones que la víctima ya reconoció al imputado, esto debido al interrogatorio previo que le realizaron, en el que establece que lo conoce como […].

De lo anterior esta Cámara advierte que la parte recurrente impugna vía apelación, una resolución que declara la improcedencia de la reprogramación de una diligencia solicitada por la representación fiscal para que la misma fuese admitida e incorporada para su valoración en el juicio.

Para determinar si un agravio es actual, de acuerdo a este Tribunal de Apelaciones, debe analizarse en atención a las circunstancias fácticas de cada caso concreto, *y,* en especial, a la naturaleza de los derechos cuya transgresión se alega.

En el caso en concreto, se advierte que la queja de la impetrarte no tiene la trascendencia de un agravio actual, puesto que el imputado se encuentra reconocido por la víctima, la cual lo identifica como […]*,* por lo que al realizar dicha práctica se convertiría en una actividad procesal innecesaria, ya que como se mencionó en párrafos anteriores ya existe un reconocimiento previo por parte de la víctima hacia el imputado.

La Sala de lo Penal establece: *"Una nota característica de la procedencia del reconocimiento de personas, es la existencia de duda o incertidumbre acerca de la identidad de la persona a quien se le atribuye el delito investigado, a los efectos de establecer que quien la menciona o alude efectivamente la conoce o*

la ha visto, Art. 211 Inc. 1°. CPP.; por el contrario, ***cuando no haya vacilación sobre el conocimiento que la persona que lo menciona tenga del imputado, es innecesaria la realización de este acto, [...]".*** *Referencia: 112-CAS-2013, 03/03/2015. (Resaltado suplido).*

Como consecuencia de todo lo anterior, el razonamiento del juzgador en instrucción de declarar improcedente la reprogramación del reconocimiento alegado, es totalmente valido, puesto que la víctima ha identificado al imputado, por lo que se tiene que con el recurso incoado no se está atacando una resolución de la cual se encuentre un agravio; de tal manera que la impugnación en ese sentido planteada por la parte recurrente resulta inadmisible, por lo que así se declarará en la parte resolutiva de este auto."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 116-2019, fecha de la resolución: 06/05/2019

PRUEBA DE REFERENCIA

CONSIDERACIONES SOBRE LA PRUEBA TESTIFICAL REFERENCIAL PRIMARIA Y MÚLTIPLE

"La **Sala de lo Penal en proceso bajo Ref. 120-CAS-2006** en sentencia dictada el día 17 de Octubre de 2006, dijo: "*Sobre la posición expuesta por el A Quo respecto a la prueba* ***testifical referencial y múltiple****, existe doctrina y jurisprudencia comparada, en donde se expone que "La prueba testifical es admisible, en cuanto que el Principio de Libertad Probatoria dispone que: "Los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por cualquier medio legal de prueba..."; asimismo, tal disposición admite que esos hechos pueden ser probados con prueba directa e indirecta y dentro de esta última clase de prueba existen sub clasificaciones en los que podemos citar la prueba por indicios, la prueba referencial, la prueba circunstancial, etc. Por consiguiente,* ***la prueba referencial es válida*** *y admisible para acreditar los hechos acusados..... es de aceptación pasiva en la jurisprudencia dominante, que la* ***prueba referencial*** *puede ser utilizada para quebrantar el estado de inocencia del imputado,* ***si entre otros requisitos*** *el Tribunal que la considera le merece fe* ***por ser confiable****, circunstanciada,* ***si es referencia primaria (no múltiple),*** *si sustituye la prueba directa en casos razonablemente justificados, si la fuente de la que proviene la información fue plenamente identificada y localizable para comparecer al juicio, no concurre como única prueba*".

En ese orden analiza esta Cámara que "la prueba de referencia primaria" es aquella aseveración que es **"de primera mano",** en donde un testigo claramente identificado declara lo que otra persona (también claramente identificada) **le contó** sobre un hecho delictivo, tal prueba de referencia primaria puede ser confiable si es **de primera mano;** pero en el caso que nos ocupa, **esa parte** de la declaración de la testigo (…) que hace alusión "a lo que otra persona le dijo", y que la defensa está sobrevalorando **"solo" esa parte**, diciendo que con ello se destruye la versión de la víctima, no analiza la parte recurrente, que ese

fragmento de la declaración de la testigo es prueba de referencia **múltiple**, es más ni secundaria es; pues la testigo (…), declaró en esa parte que le dijo un tal señor que ella solo menciona como **"don J"**, que "otras personas" **le contaron** a dicho señor, que a la víctima la habían detenido y que lo habían perseguido, pero véase que no se sabe con claridad no sólo quien es el señor "don J" que menciona la testigo y mucho menos quienes son esas "otras personas" **que dicen que le contaron;** entonces esa parte de la declaración de la referida testigo no es confiable, no porque estemos diciendo que ella es mendaz, sino porque en ese apartado existe prueba de referencia múltiple, no hay garantía que lo que ella está repitiendo sea como lo dice, al no constarle a ella lo que le contaron y no tener por su parte un nivel de confiablidad de lo que le contaron."

Cámara de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, número de referencia: 248-P-18, fecha de la resolución: 04/01/2019

DEBE DE CUMPLIR CON DOS ELEMENTOS PARA SU EXISTENCIA NECESIDAD Y CONFIABILIDAD

"**b.** Dado que la información que llevo a la convicción judicial de los hechos fue conocida por una tercera persona (psicóloga fiscal), el juez ha considerado que la misma es referencial. Respecto a ello, debemos tener cuenta lo prescrito en los arts. 175, 177 y 220 CPP:

"Legalidad de la prueba"

Art. 175. "Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código [...]".

"Pertinencia y utilidad de la prueba"

Art. 177 inciso 5. *"El testimonio de referencia, de carácter o conducta y de hábito, sólo será admisible en los casos previstos en este Código".*

"Declaraciones de testigos de referencia"

Art. 220. *"Por regla general, no será admisible la práctica de prueba testimonial de referencia, salvo que sea necesaria y confiable.*

El testigo se considerará de referencia cuando realice o vaya a realizar manifestaciones o aseveraciones provenientes u originarias de otra persona, con la finalidad de probar la veracidad del contenido de esas aseveraciones".

La prueba de referencia, consiste en que el Juzgador toma la información del suceso sin tener el testimonio de quien ha recibido de forma directa el hecho (víctima) sino por otro medio de prueba, como lo sería aquel testigo que tiene conocimiento de oídas, como consecuencia de haber tenido previa comunicación con quien percibió de forma directa el suceso , como lo sería el caso de un perito que haya entrevistado previamente a la víctima y tenga la calidad de testigo de referencia, dicha figura ha sido desarrollada por la Sala de lo Penal en la Casación 278-CAS-2011, del nueve de octubre de dos mil once.

Debe entenderse entonces como cualquier información o declaración fuera del Tribunal, su orientación no está propiamente enfocada en probar los hechos en juicio, sino a establecer la verdad o no de las aseveraciones o negaciones realizadas.

Se parte de una premisa, que normalmente la prueba de referencia no es **admisible,** en consecuencia su carácter es meramente excepcional, pensar lo contrario se reduciría la esfera del derecho del acusado a confrontar al testigo, es decir, esta prueba debe de cumplir con dos elementos para su existencia **necesidad** *y* **confiabilidad,** situación que se propone en el art. 220 CPP, ambos elementos son independientes entre si, y pese a contarse con los mismos, esta prueba únicamente podrá ser utilizada bajo un supuesto de ley que se prevea para su admisión.

- La necesidad se refiere a la condición de acceso a la prueba directa, para el caso, en aquellos eventos en los cuales no haya una plena disposición del declarante por ciertos motivos que son insuperables.

- La confiabilidad se refiere a la confianza y credibilidad del testigo directo a quien cita el de referencia, así, aunque la prueba de referencia sea admitida excepcionalmente, su valor y aporte para esclarecer los hechos y definir la responsabilidad penal del acusado, siempre dependerá del soporte que encuentre en otros, medios de prueba, como quiera que ninguna condena puede fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

El art. 221 CPP regula los casos en que puede utilizarse prueba de referencia y está referido al criterio de necesidad; así, la existencia de un impedimento para contar con el testigo (por ejemplo que esté muerto, enfermo o materialmente imposibilitado de acudir), imposibilita contar con prueba testimonial directa en el juicio.

Por ello debe contarse con alguna otra forma de probar el hecho y la participación. En ese caso se necesita otro medio de prueba y por ello se justifica utilizar prueba de referencia siempre que ésta sea confiable. Esta exigencia de confiabilidad no se colma simplemente introduciendo el dicho del testigo originario mediante un testigo de referencia. Es menester establecer primeramente el grado de credibilidad que puede darse al testigo directo, pues, la expresión del testigo de referencia intenta probar que eso que el testigo directo dice, es verdad, no simplemente probar que el testigo directo expresó una u otra cosa.

Por ello, en este criterio no puede incluirse la mera conveniencia o facilidad de incorporación de una declaración de referencia cuando el testigo directo esté disponible, como podría ocurrir cuando en lugar de asegurar la presencia de un testigo directo que no tiene vínculos con el Estado, se prescinda de éste y solamente se presente a declarar un agente policial u otro servidor público porque es más fácil coordinar su citación y presentación al juicio. Este tipo de sustitución no sería acorde al criterio de necesidad que es exigible a la prueba testimonial de referencia."

SU ADMISIBILIDAD ES DE CARÁCTER EXCEPCIONAL

"La prueba de referencia en la legislación penal salvadoreña, no es dotada de tener un valor probatorio por si mismo amplio, por el contrario las causales para su estudio están delimitadas por la ley y estas son altamente restringidas:

"Admisión excepcional del testimonio de referencia

Art. 221.- *Será admisible la prueba testimonial de referencia en los casos siguientes:*

1) Muerte, enfermedad grave u otra circunstancia que haga imposible o difícil que comparezca el testigo a rendir su declaración personalmente en la vista pública.

2) Operaciones policiales encubiertas.

3) Retractación de la víctima o el testigo, para controlar la credibilidad de éstas.

4) Manifestaciones expresadas de manera consciente y espontánea, en circunstancias que implicaban un perjuicio a los intereses de quien las efectúa o de un tercero en su caso."

En el **primero** se concibe propiamente la prueba de referencia tradicional, en donde el declarante original no pueda asistir por muerte u enfermedad grave, la ley inclusive advierte una circunstancia que haga imposible o difícil que comparezca el testigo a rendir su declaración, la cual no debe de ser considerada bajo cualquier justificación, por el contrario debe ser un motivo comprobable y preciso que imposibilite la presencia del testigo en juicio.

Existen otros supuestos, **el segundo** relativos a operaciones encubiertas, por parte de agentes policiales; lógicamente esta excepción es una consecuencia de una infiltración investigativa en un grupo criminal, con la finalidad que el agente encubierto que haya presenciado declaraciones, logre comunicarlas en juicio, partiendo de la premisa que la prueba de referencia no es propiamente un sistema de comprobación de hechos, sino sirve para verificar el contenido de veracidad de la información aportada.

El tercero hace referencia a la retractación de la víctima o de testigo que si ha realizado una declaración anterior, en este supuesto se espera que la persona propuesta como testigo de referencia, sea quien logre comunicar en juicio, lo expresado previamente por la persona retractada.

Como **cuarto** supuesto de admisión, hace referencia a declaraciones realizadas por una misma persona y que estas le generen perjuicio, puede ser admisible, pero debe de dotarse a la luz de las limitaciones referidas a la confesión o en menoscabo de su integridad.

El art. 221 CPP regula los casos en que puede utilizarse prueba de referencia y está referido al criterio de necesidad; así, la existencia de un impedimento para contar con el testigo (por ejemplo que esté muerto, enfermo o materialmente imposibilitado de acudir), imposibilita contar con prueba testimonial directa en el juicio."

EN EL CASO DE VÍCTIMAS MENORES DE EDAD DEBE EVITARSE DILATAR LA DECLARACIÓN HASTA LA VISTA PÚBLICA, Y ASÍ NO SERÁ NECESARIA LA PRUEBA DE REFERENCIA

"-Testimonio de la Licenciada [...], psicóloga Fiscal, con la finalidad de autenticar el informe preliminar psicológico y establecer conclusiones de dicho estudio; asimismo **el ofrecimiento como testigo referencial,** a efecto de compartir información de la entrevista en sede fiscal de la menor víctima; es menester resaltar que de la propuesta de referencia por parte de la acusación pública, la defensa particular mostro su oposición (fs. 98 Fs)."

"Previó a emitir la conclusión de la presente sentencia, es menester hacer un llamado de atención a las partes intervinientes, con especial mención a la acusación pública; En el presente proceso como se puede constatar de su lectura, no existe el anticipo de prueba testimonial de la menor víctima en Cámara Gesell, asimismo ninguna actividad por parte del ente acusador que permitiera anticipar la declaración de la menor; lo anterior más allá de una muestra de desidia, es completamente contrario a la finalidad de toma de declaración del niño, niña o adolescente en Cámara Gesell; este instrumento tiene por finalidad evitar una revictimización de los menores, además de procurar que se inicie lo antes posible su terapia psicológica."

"El anticipo de prueba testimonial en Cámara Gesell comporta la adecuación de las condiciones idóneas para que las víctimas de un delito puedan ser escuchadas bajo la asistencia de profesionales en las ramas de psicología y psiquiatría asegurando así la producción de su testimonio enjuicio sin revictimizarla; es decir, sin confrontarla con su agresor.

El sistema de Cámara Gesell es una forma importante con la que se reduce en el mínimo posible el sufrimiento de las víctimas, especialmente los infantes y adolescentes como sujetos vulnerables ante la ejecución de un hecho criminal."

Por lo que se insta a la acusación pública, a mostrar una actitud responsable, evitando dilatar la declaración de las víctimas menores de edad hasta la vista pública.

d. Analizados el motivo de apelación *y* posteriormente comprobarse la inexistencia del vicio alegado, de conformidad con una de las facultades decisorias de este Tribunal de alzada establecida en el art. 475 inc. 2 CPP, deberá de confirmarse la sentencia condenatoria de las catorce horas del siete noviembre de dos mil dieciocho."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 444-2018, fecha de la resolución: 26/03/2019

PRUEBA INDICIARIA

CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE LOS INDICIOS MATERIALES Y PSICOLÓGICOS

"6ª.) En su obra "TRATADO DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL"- Págs. 589-590 Rubinzal Culzoni, Editores-Buenos Aires-2014Ì el jurista EDUARDO M. JAUCHEN, respecto a la prueba de indicios, señala:

[…] *El material indiciario es incompleto cuando no incluye al mismo tiempo en su globalidad los indicios materiales y los psicológicos o morales. Ambos son imprescindibles pues si no se cuenta con indicios materiales el hecho no debe considerarse probado, y sin los indicios psicológicos, aun cuando estuviese comprobada la materialidad, el suceso carece de explicación. Los primeros son de naturaleza externa, mientras que los segundos son internos. Sin embargo, ambos deben confluir, pues cualesquiera de ellos considerados aisladamente, sin darse el otro, pueden fácilmente dar lugar a un error judicial. Así, la interpretación*

*de gran parte de los indicios psicológicos permiten doble y a veces múltiples inferencias, La corroboración de que el individuo tenga inclinaciones a la especie de delito que se le imputa, por ejemplo, no debe conducir a inferir inexorablemente que es el autor del hecho actual, desde que no hay una relación directa entre aquel antecedente y el hecho actual por el cual se lo acusa. Constituirá sólo un indicio de probabilidad, que deberá ser abonado por otros elementos sobre la materialidad, oportunidad, presencia física, etcétera, que configuren el plexo en necesario. El valor probatorio del indicio se concreta cuando revela un estado afectivo que- se ajusta especialmente al móvil del delito-. Deben existir entonces varios indicios confluyentes: el de la personalidad, que debe completarse con el del móvil, que sirve de enlace, a su vez, con aquellos que infieren el acto imputado, Los indicios son más eficaces acreditativamente cuanto más precisos y numerosos sean. Por el contrario, como lo señalaba Locard, ?*un *indicio no prueba jamás inmediatamente la culpabilidad". El número y la variedad de los elementos indiciarios aumenta indudablemente su eficacia, Pues de un indicio corroborado puede inferirse un hecho determinado, por ejemplo, el embarazo supone que ha existido relación sexual. Sin embargo, cabe insistir que para establecer la existencia de un hecho delictivo y fundamentalmente la culpabilidad de quien se acusa, es imprescindible aquella serie de indicios que en número, variedad y concordancia puedan conducir a la inducción necesaria de tal extremo* […]"

PARÁMETROS QUE DEBEN CUMPLIRSE PARA QUE LA PRUEBA INDICIARIA PUEDA SUSTENTAR UN FALLO CONDENATORIO

7ª.) De igual modo, la Sala de lo Penal, en la Sentencia 448-CAS-2010, del 06/12/2011, reconoce la necesidad de la suficiencia de la prueba indiciaria para sustentar un fallo condenatorio, cuando expresa que deben cumplirse ciertos parámetros, siendo éstos: " […] *1. La concurrencia de una pluralidad de indicios, lo que indica que no es posible legitimar una condena con la presencia de un indicio aislado, pues por regla general, éste se vuelve insuficiente para acreditar la existencia del delito y la participación del imputado en él. 2. La acreditación de indicios mediante prueba directa, que implica la exigencia para la formación de la convicción judicial, que éstos hayan sido incorporados y producidos bajo las mismas reglas que la prueba directa. 3. El enlace o relación entre el hecho base y el hecho consecuencia debe ajustarse a las reglas de la sana crítica, lo que conlleva el expresar las deducciones lógicas producto de la valoración de los elementos indiciarios que producen la acreditación del hecho, teniendo que plasmar para su validez esos argumentos que permitan establecer que de ellos se deriva la única conclusión posible, que excluye la probabilidad de cualquier otra. 4. La obligación de los Juzgadores de consignar en la sentencia el razonamiento utilizado, lo cual no es más que el cumplimiento de una obligación de carácter constitucional y legal, que permite el control de las resoluciones judiciales, imponiendo la obligación de hacer constar en forma clara, sencilla, exacta y concisa, el proceso interno que realizó el sentenciador para la acreditación del hecho y la participación delincuencial, por medio de prueba Indiciarla […] ?*

8ª.) Por ello, no se puede soslayar, que para que un elemento indiciario sea tomado en cuenta para establecer el hecho desconocido, debe estar íntimamente relacionado con otros y de forma congruente que conduzcan inequívocamente hacia el extremos que se pretende probar, y éstos deben estar intrínsecamente relacionados entre sí y con lo acontecido y demás circunstancias que rodearon el hecho; por lo tanto deben ser coherentes, guardar estrecha relación respecto a lo fáctico de la existencia del extremo de la imputación que se quiere determinar, en este caso la autoría o participación del imputado en el hecho. La prueba de indicios es la resultante precisamente de sospechas, señales u otras evidencias indirectas relacionadas o concatenadas en orden lógico con el hecho delictivo, es decir, que la prueba de indicios comprende toda acción o circunstancia en relación al hecho investigado y que permite inferir la existencia o las modalidades de éste, pudiendo de éste modo fundar razonablemente una opinión con buen grado de certeza sobre hechos determinados – extremos de la imputación–; así pues, los indicios tienen un extraordinario valor, porque unidos a otras pruebas, sirven al juzgador para establecer un juicio definitivo, y aun cuando la prueba indiciaria presente el inconveniente de ser indirecta y algunas veces compleja, su valor reside esencialmente en ser objetiva, basada en lo fáctico, lo que no miente, posee carácter objetivo, pues se apoya en hechos debidamente probados que deben a su vez ser interpretados por la razón."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 277-SC-2018, fecha de la resolución: 03/01/2019

PRUEBA PERICIAL

PERITOS ACCIDENTALES Y PERITOS PERMANENTES

"22. Ahora bien, hay una discrepancia respecto al informe psicológico preliminar, del cual la Juez de Sentencia dijo: […] dicho informe no reúne los requisitos establecidos en el art. 226 y siguientes del CPP para valorarlo como un peritaje, ya que claramente la persona que lo realiza no es la idónea para ello, ni está facultado para realizar este tipo de pericias, no fue juramentada para el caso, ya que ella, no está adscrita al IML, por lo tanto, necesita juramentación expresa para realizar la pericia para el caso en concreto, lo cual no se hizo; así como tampoco le fue solicitado al Juez competente la realización de pericia con puntos específicos de pericia, tal como se hace con todo peritaje ya que tienen que haber puntos determinados que son los que tiene que tomar en cuenta el facultativo que realiza el peritaje […] (Fs. 204 fte).

23. Por su parte el recurrente refiere: […] la Juez ha mal interpretado el art. 226 del CPP., estableciendo que la pericia realizada por la Licenciada [...] no cumple con lo establecido en ese artículo. El legislador es claro en establecer quienes son los peritos accidentales y quienes son los permanentes, enfocándonos en el literal "e" hace referencia a los miembros de cualquier asociación o institución cuya finalidad sea el estudio o análisis de la medicina legal y de las

ciencias forenses, que desempeñen algún cargo o empleo público. Y por ser peritos permanentes no necesitan ser juramentados, es por esto que a mi criterio los psicólogos que están en nuestra institución forman o pasan a ser peritos permanentes […] (Fs. 218 vto)

24. De acuerdo al artículo 266 CPP., son peritos permanentes los que trabajan para las instituciones técnico científicas del sistema de justicia. Así se incluyen, de manera específica al personal profesional y técnico del Instituto de Medicina Legal "Dr. Roberto Masferrer", y el personal profesional y técnico de la División Técnica Científica de la Policía Nacional Civil. Ambas instituciones reúnen en la actualidad a los técnicos y a los profesionales especializados en todas las áreas criminalísticas en El Salvador. Adicionalmente, se reconocen como peritos permanentes a los especialistas y técnicos de otras instituciones estatales provenientes de las facultades y escuelas de la Universidad de El Salvador y de las dependencias del Estado e instituciones oficiales autónomas; los directores o jefes de los centros asistenciales del Estado o los que aquéllos designen.

25. El art. 226 CPP reconoce como peritos permanentes a otros profesionales que desempeñen algún cargo o empleo público, que no sea necesariamente las entidades mencionadas anteriormente, y que integren entidades de carácter privado no lucrativo, como son las asociaciones de profesionales o instituciones, debidamente acreditadas, que tengan como finalidad el estudio de las ciencias criminalísticas. Así dispone en la letra e) del art. 226 CPP *"los miembros de cualquier asociación o institución cuya finalidad sea el estudio o análisis de la medicina legal y de las ciencias forenses, que desempeñen algún cargo o empleo público"*. [Código Procesal Penal comentado, CNJ, Volumen I, página 972]."

INFORME PSICOLÓGICO REALIZADO POR LA PSICÓLOGA ADSCRITA A LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA TIENE EL CARÁCTER DE PRUEBA PERICIAL

"26. El recurrente considera que la Licenciada [...], tiene calidad de perito permanente por encajar en el presupuesto del artículo 226 letra e) CPP., no obstante, la profesional en comento, pertenece a la Fiscalía General de la República, por lo tanto, no encaja en el apartado que ha sido referido por el recurrente, pero sí en la letra c) del artículo 226 del CPP., que refiere: *Los especialistas de las facultades y escuelas de la Universidad de El Salvador y de las dependencias del Estado e instituciones oficiales autónomas.* Nótese como dicha disposición establece que serán peritos permanentes los especialistas de las dependencias del Estado, sin lugar a dudas, la Fiscalía General de la República, es una dependencia del Estado, por lo tanto, la perito psicóloga Licenciada [...], al estar adscrita a dicha institución, tiene dicha calidad, y no necesita ser juramentada ni seguir el trámite que ha sido referido por la Juez Primero de Sentencia, en consecuencia, el informe preliminar psicológico realizado por la profesional en comento, tiene carácter de prueba pericial."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-362-SA-2018, fecha de la resolución: 07/03/2019

RECONSIDERACIÓN PROBATORIA

RECURSO A TRAVÉS DEL CUAL SE SOMETE A CONTROL LA DECISIÓN DEL JUEZ DE RECHAZAR LA PRUEBA

"Ahora bien, la decisión de rechazo de prueba por parte del Juez A Quo puede impugnarse, pero no de una manera abierta e ilimitada sino bajo un criterio específico (Únicamente cuando este sea un acto urgente de comprobación o un anticipo de prueba Art. 177 inc. 2 CPP.).

En ese sentido, debe decirse además que el supuesto contenido en el presente caso no se enmarca tampoco en el criterio genérico de resoluciones apelables, pues no es de aquellas que imposibilitan la continuación del proceso o que ponen fin al mismo, criterio sostenido por este Tribunal de Alzada en apelaciones 323-14-7 de las nueve horas con cuarenta minutos del diez de noviembre de dos mil catorce y 368-15-4 de las doce horas con veinte minutos del veintidós de diciembre de dos mil quince

Es entonces factible afirmar que el respeto a este cauce procesal no solamente constriñe a las autoridades judiciales al dictar sus resoluciones; sino que también obliga a las partes técnicas a ceñir sus pretensiones en respeto a las formas procesales previamente establecidas, para que de esta manera puedan ser de efectivo conocimiento judicial.

Sobre el caso en concreto, se advierte que la queja del impetrante es contra la declaratoria de rechazo a la solicitud de prueba pericial; recayendo su esfuerzo argumentativo en-ilustrar los motivos por los cuales considera que debe ser admitida.

El código procesal penal prevé la forma de proceder ante una inconformidad como la manifestada por el impetrante; así, el artículo 366 señala:

"Cuando alguna de las partes considere que la prueba que ofreció le fue indebidamente rechazada y *hubiese interpuesto revocatoria, podrá solicitar al tribunal de sentencia su admisión. Presentada la solicitud el tribunal convocará a una audiencia dentro de tercero día y oídas las partes que concurran, resolverá de inmediato. Si la parte solicitante no se presenta a la misma se tendrá por desistida su petición".*

Aunque la ley no ha nominado este recurso, éste ostenta el carácter de una *"reconsideración probatoria"* a través de la cual se somete a control la decisión del Juez de rechazar la prueba ofrecida; y en caso dicho recurso no sea acogido, se franquea la posibilidad que dicho rechazo, habilite el supuesto de apelación de sentencia a que se refiere el art. 469 inciso 2 CPP:

"Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su corrección o ha efectuado reserva de recurrir en apelación, salvo en los casos de nulidad absoluta o cuando se trate de los vicios de la sentencia o de la nulidad del veredicto del jurado".

En consecuencia, examinada la manera de proceder legalmente establecida en el caso en conocimiento, es menester rechazar *"in limine litis"* la apelación por carecer dicha resolución de impugnabilidad objetiva, ante esta Cámara."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 224-2019-2I, fecha de la resolución: 15/08/2019

RECURSO DE APELACIÓN

CRITERIOS GENÉRICO Y ESPECÍFICO

"En el caso del recurso de apelación, las decisiones que son recurribles ante las Cámaras de Segunda Instancia por dicho medio, en lo que nos interesa resaltar, parten en lo preceptuado en el art. 464 CPP, que literalmente regula:

"El recurso de apelación procederá contra las resoluciones dictadas en primera instancia, siempre que sean apelables, pongan fin al proceso o imposibiliten su continuación y además, causen un agravio a la parte recurrente - La modificación de la calificación jurídica de delito a falta realizada antes del juicio será apelable - También procederá contra las resoluciones de las cámaras en casos de antejuicio" **(cursivas y subrayado son de esta Cámara).**

Del precepto podemos deducir que la técnica legislativa utilizada para el establecimiento de las decisiones que son apelables, utiliza dos criterios: el genérico y el especifico.

En el primer criterio, el legislador establece literalmente las decisiones jurisdiccionales que son apelables. Así, por ejemplo, admiten apelación las resoluciones: que declaran abandonada la querella (art. 116 inc. 3 CPP.), que resuelven una excepción (art. 319 CPP.), la que sobreseen definitiva o provisionalmente en el proceso (art. 354 CPP.), etc.

A este criterio alude el art. 464 CPP., al establecer que el recurso de apelación procederá contra las resoluciones de los jueces de primera instancia *"siempre que sean apelables".*

En el segundo criterio, el legislador *consigna* una *condición o situación,* de cuya existencia depende que la decisión sea recurrible, siendo precisamente la concurrencia de ella en cada caso en concreto, la que determina que la decisión sea apelable o no lo sea. En otros términos: *el legislador da la pauta para la determinación de la resolución recurrible.*

A dicho criterio se refiere el art. 464 CPP., al establecer que las resoluciones de los jueces de primera instancia serán apelables siempre que *"pongan fin al proceso"* o *"imposibiliten su continuación".*

De acuerdo a lo anterior, si la decisión apelada no se corresponde con ninguno de los dos criterios utilizados por el legislador, deberá rechazarse el recurso liminarmente."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 224-2019-2I, fecha de la resolución: 15/08/2019

CUANDO SE TRATE DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS, EL TRIBUNAL DE APELACIÓN NO PUEDE REVOCAR LA ABSOLUCIÓN SOBRE LA BASE DE ESTA SEGUNDA VALORACIÓN DE PRUEBAS QUE NO RECIBIÓ NI INMEDIÓ DE MANERA DIRECTA

"Número 22: Sobre la decisión de ordenar la anulación de la sentencia y reposición del juicio, debe indicarse, que del estudio para colegir si se han perfilado los dos extremos procesales en mención tendría como base el examen no sólo de las pruebas documentales, sino también con base en las declaraciones de los

testigos de cargo, de descargo y del propio imputado; sin embargo, aunque los art. 472 y 474 Pr. Pn. determinan que en la apelación de sentencia definitiva es posible discutir la valoración de la prueba, debe ello tomar en cuenta el respeto a los principios del juicio oral, entre los que cabe mencionar el de inmediación, pero esta facultad legal no debe entenderse aislada del conjunto de normas que regulan el proceso penal y los derechos y garantías de las partes en el proceso.

Número 23: Respecto de una sentencia definitiva, requerirá que el tribunal que conoce del recurso de apelación pueda estudiar las motivaciones del fallo, la configuración de los hechos, e incluso controlar la valoración probatoria que sustenta la decisión impugnada, sobre este tema, la Sala de lo Constitucional en la Sentencia Definitiva del Proceso de Habeas Corpus 200-2008 del 13 de agosto de 2010, sostuvo que siempre debe garantizarse *"la revisión integral de las decisiones",* principalmente de aquellas que definen la situación jurídica de una persona; de igual forma, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en la comunicación correspondiente al caso Cesareo ********** Vásquez contra España, refirió que: " […] La inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto" (Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 701/1996, del 20 de julio de 2000, Párr. 11.1).

Número 24: Durante el trámite del recurso habrá de ejercerse un control que requerirá tomar como premisas las pruebas – incluyendo las personales – y analizarlas a efecto de acoger o rechazar la pretensión del recurrente, pero cuando se trate de sentencias absolutorias, como en el caso de mérito, el tribunal de apelación no puede revocar la absolución sobre la base de esta segunda valoración de pruebas que no recibió ni inmedió de manera directa, es por ello, que el tribunal de apelación se ve constreñido en esos supuestos, a evidenciar el aparente error de valoración del sentenciador, pero no puede sustituir la absolución por una condena sin recibir directamente esa prueba, especialmente la personal, ni siquiera utilizando archivos audiovisuales de la vista pública.

Número 25: Ante la restricción que tiene el tribunal de alzada respecto de las decisiones a las que puede dar lugar un segundo análisis de prueba personal, se evidencia la imposibilidad de revocar un fallo absolutorio y dictar uno condenatorio, ya que dadas las limitaciones que se imponen al análisis de las pruebas sin inmediación material por parte del tribunal de alzada, lo que implica analizar aspectos relativos no solamente a la credibilidad objetiva como se hizo previamente, sino también a controlar aspectos relacionados con la credibilidad subjetiva, no se puede dictar una resolución de fondo contraria a la absolución, pues si se dictase la sentencia condenatoria en apelación sin respetar la inmediación y la oralidad en el proceso, se atentaría contra el debido proceso.

Número 26: Ante tales reparos, la solución procedente ante lo que parece ser una incorrecta derivación judicial a partir de una errónea valoración de la prueba que culminó en una sentencia definitiva absolutoria cuya impugnación daría lugar a una condena *ex novo* es la declaratoria de nulidad de la sentencia

impugnada así como de la Vista Pública que la originó, debiendo ordenarse la designación de un nuevo tribunal para que conozca de la vista pública y dicte la sentencia que corresponde, ya que este tribunal se encuentra imposibilitado de pronunciarse en el sentido en que lo ha hecho la apelante."
Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-44-SA-2019, fecha de la resolución: 26/02/2019

PRESUPUESTOS LEGALES QUE DEBEN CUMPLIRSE PARA ADMITIR UN RECURSO DE APELACIÓN

"**b.-**La apelación, está sujeta a un examen liminar de naturaleza formal, con el cual se pretende establecer si al momento de su interposición se han observado los presupuestos habilitantes para su admisibilidad. Tales requisitos, en cuanto a la apelación de autos, son los siguientes: 1) Que la resolución sea susceptible de impugnación mediante apelación, Arts. 452 Inc. 1° y 464 Inc. 1° CPP; 2) Que el sujeto procesal esté legitimado para recurrir, Art. 452 Inc. 2° CPP; 3) Que la resolución cause agravio a la parte que lo invoca, siempre que éste no haya contribuido a provocarlo, Art. 452 Inc. 1° CPP; y 4) Que el recurso sea interpuesto en las condiciones de tiempo y forma que determina la ley, Arts. 453 Inc. 1° y 465 Inc. 1° CPP.2

c.- El sobreseimiento definitivo admite apelación, Arts. 354 y 464 CPP, por lo que se cumple con el primer requisito de impugnabilidad. El Art. 452 Inc. 2° CPP refiere *El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado* y en el caso de mérito la apelante asume el rol de víctima, razón por la cual su legitimidad procesal está debidamente acreditada. En cuanto al agravio que se entendería causado por la decisión apelada, a p. 2 del escrito de impugnación se traduce en negativa a la tutela judicial del derecho de la propiedad de la señora *MM*, argumento que se considera de suficiente entidad para tener por colmado lo exigido por el Art. 452 Inc. 4° CPP. Corresponde ahora verificar si la alzada ha sido interpuesta en tiempo, condición inmersa en el Art. 465 Inc. 1° CPP, el cual señala *un término legal de cinco días*."
Cámara de la Segunda Sección del Centro, número de referencia: INC-129-2019-PN, fecha de la resolución: 23/08/2019

REGULACIÓN DEL RECURSO CONTRA AUTOS

"i. Como regla general de los recursos, el art. 453 Inc. 1° CPP dispone que deberán interponerse bajo pena de inadmisibilidad, en las condiciones de tiempo y forma que se determina, con indicación específica de los puntos de decisión que son impugnados; tales condiciones, cuando se trata de apelación contra autos –como ocurre en el presente caso–, se encuentran reguladas en los arts. 452 Inc. 4° y 464 y siguientes CPP, donde se indica que la resolución debe ser recurrible, además de causar agravio, que sea interpuesto por escrito debidamente fundado, en el plazo de cinco días de notificada la resolución y ante el mismo Juez que la dictó."
Cámara de la Segunda Sección del Centro, número de referencia: INC-116-2019-PN, fecha de la resolución: 07/08/2019

SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO ES POR REGLA GENERAL INAPELABLE, POR LO QUE EN ATENCIÓN AL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD DE LOS RECURSOS EL EFECTO DE SU INTERPOSICIÓN ES LA INADMISIBILIDAD

"Para el caso en comento, esta Cámara considera importante destacar lo prescrito en el Art. 25 inciso 4° CPP, que en lo concerniente reza: *"La suspensión del procedimiento será inapelable, salvo para el imputado cuando las reglas sean ilegítimas, afecten su dignidad o sean excesivas"*.

Aclarado lo anterior, considera este Tribunal que independientemente de los agravios expresados por la recurrente, la resolución pronunciada por el señor Juez Tercero de Paz de esta ciudad, no se encuentra comprendida dentro de las resoluciones que son objeto de impugnación vía apelación; ya que no le pone fin al proceso, sino que únicamente suspende el procedimiento, condicionando al imputado al cumplimiento de ciertas reglas impuestas por un período de tiempo legal determinado por quien Juzga.

En ese sentido, basados en el principio de taxatividad de los recursos, este Tribunal se encuentra en la imposibilidad de darle trámite de Ley al recurso interpuesto al no ser la suspensión condicional del procedimiento una resolución apelable salvo para el caso del imputado; en consecuencia deberá declararse Inadmisible, por ser lo que conforme a derecho corresponde."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-231-19, fecha de la resolución: 22/08/2019

RECURSO DE REVISIÓN

CONSIDERACIONES SOBRE LA LEGISLACIÓN APLICABLE AL MOMENTO DE SU INTERPOSICIÓN

"Aunque el proceso penal se tramitó utilizando la legislación penal y procesal penal vigente entre 1974 y 1998, debe señalarse que ello fue en virtud de la aplicación del Decreto Legislativo 197 de fecha 21 de noviembre de 2003, que fue publicado en el Diario Oficial N° 233 Tomo N° 361 del 12 de diciembre de 2003, que contiene el Régimen para la tramitación de los procesos penales iniciados antes del veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho, cuyo Art. 1 Inc. 1° literalmente dispone:

"Los procesos iniciados antes del veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho, con base en la legislación procesal respectiva, ***continuarán tramitándose hasta su finalización*** *conforme a la misma y por los tribunales que determina la Ley Orgánica Judicial".*

En el proceso de mérito, ello significa que la aplicación ultractiva de la legislación procesal derogada se permitió bajo los parámetros elegidos por el legislador, uno de los cuales era la duración del procedimiento hasta el momento de dictar sentencia definitiva, pues la ejecución de la sentencia ya no se tramita bajo el régimen procesal sino sujeta a la legislación penitenciaria.

En ese caso, luego de la declaración de firmeza de la sentencia definitiva, se han emitido otros pronunciamientos, entre estos el de una solicitud de revisión

de la misma, interpuesta por la defensa técnica del condenado; y ha sido contra este pronunciamiento que se ha incoado el recurso de apelación.

Cuando se interpone un medio de impugnación especial como la revisión, erróneamente denominada "recurso" en nuestra tradición procesal, según puede advertirse en los códigos procesales penales de 1974, de 1998 y el actualmente en vigencia, contra una sentencia definitiva, se genera un procedimiento especial, nuevo, distinto y separado del proceso penal en el que se dictó la sentencia impugnada, lo que significa que debe regirse por las reglas procesales vigentes para el mismo al momento de su interposición [salvo que no existiere, y se esté aplicando de manera ultractiva].

Así, por ejemplo, LORENCES, al referirse a la revisión, afirma: *"En cuanto a su naturaleza jurídica, no se trataría propiamente de un recurso, por cuanto el proceso ya ha finalizado y existe una sentencia definitiva; por ello, la pretensión de revisión se corresponde más con una acción destinada a atacar la cosa juzgada"* [LORENCES, Valentín Héctor. *Recursos en el proceso penal* la edición — Buenos Aires — Editorial Universidad, 2007, pág. 202.].

No tiene características idénticas a los recursos por cuanto (i) carece de plazo de caducidad para ejercerlo, mientras que los recursos se ejercen únicamente dentro de un plazo perentorio cuya finalización impide recurrir; (ii) se dirige contra una decisión firme, mientras los recursos solamente proceden contra resoluciones que aún no alcanzan la firmeza; (iii) Puede intentarse más de una vez contra la misma sentencia.

Al constituir un medio de impugnación extraordinario, una acción independiente, posterior a la firmeza de la sentencia condenatoria contra la cual se ejerce, se extrae del devenir del proceso, y por ello no está sujeto a la aplicación del decreto legislativo que prorrogaba la aplicación de la legislación procesal derogada "hasta la finalización del proceso".

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia es también de esa idea, como se advierte en el desarrollo de la sentencia de habeas corpus con referencia 35-2011, pronunciada a las 12:06 horas del 20 de abril de 2012, en la cual se expusieron las siguientes ideas:

" […]En coherencia con lo manifestado en los dos párrafos precedentes, la interposición y tramitación del recurso de revisión, que tiene como presupuesto indispensable la existencia de una sentencia condenatoria firme, constituye un incidente posterior a la finalización del proceso penal.

[…] En vista de lo expuesto y tomando en cuenta que el recurso de revisión fue interpuesto como legalmente procede, para impugnar la sentencia condenatoria firme emitida en contra del señor […] y por lo tanto luego de haber finalizado el proceso penal, la normativa procesal que deba aplicarse era efectivamente la que se encontraba vigente en el momento de acaecer el hecho procesal que produjo la respuesta jurisdiccional, es decir, la que se encontraba surtiendo sus efectos en el momento de plantear la respectiva solicitud de revisión [...] esto porque al tratarse de la resolución de un asunto planteado con posterioridad a la finalización del proceso penal, en los términos expuestos, ya no existía autorización legal para que se continuara. utilizando la normativa procesal derogada en tanto ésta únicamente regía en desarrollo de procesos en curso".

El pronunciamiento de la Sala estima que la legislación procesal que debe aplicarse cuando se plantea una revisión es la que está vigente cuando se interpone el medio de impugnación, lo cual concuerda con la postura de este tribunal de alzada.

En consecuencia, la legislación que prima en el presente trámite es el código procesal penal actualmente vigente.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta también que en casos como el del presente proceso, es decir, de aquéllos iniciados con la normativa procesal penal de mil novecientos setenta y tres, siempre se deberá hacer un juicio de ponderación respecto a cuál es la normativa procesal aplicable, debiendo darse preferencia a la que sea más favorable al imputado, como en este caso que la normativa vigente prevé un mecanismo de impugnación a un pronunciamiento que en la normativa procesal penal de mil novecientos setenta y tres no estaba regulado."

ADMISIBILIDAD ESTÁ SUJETA A LOS REQUISITOS LEGALES ESTABLECIDOS

"A las apelaciones contra los proveídos pronunciados en el trámite de la revisión de sentencia definitiva, como a todo recurso, les es exigible el cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 452 y 453 Pr. Pn.

El art. 452 pr. pn. se lee:

"Las resoluciones judiciales serán recurribles ***sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos.***

El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordada Cuando la ley no distinga entre las diversas partes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas.

Si se concede un recurso al imputado deberá entenderse que también se concede al defensor.

En todo caso, para interponer un recurso ***será necesario que la resolución impugnada cause agravio al recurrente,*** *siempre que éste no haya contribuido a provocarlo".*

En el precepto antecedente se consigna la procedencia de los recursos exclusivamente en los casos expresamente acordados en la legislación y únicamente por los medios impugnativos regulados para cada caso. En ese orden, se exige que la resolución cause agravio (daño provocado por un error en la decisión judicial) y que quien lo invoca no haya contribuido a provocarlo.

En cuanto al. art. 453 Pr. Pn., interesa particularmente lo dispuesto en su primer inciso:

"Los recursos deberán interponerse ***bajo pena de inadmisibilidad,*** *en la condiciones de tiempo y forma que se determina, con* ***indicación específica de los puntos de la decisión que son impugnados".***

En esta disposición se regula una sanción procesal específica ante el incumplimiento de los requisitos de ley en los recursos: la inadmisibilidad.

También se hace referencia a una condición indispensable para fijar el alcance del recurso: la concreción de aquellos puntos específicos de la decisión judicial sobre los que se vierte la crítica y sobre los que va a recaer el estudio del tribunal."

ESTÁ SUJETO A REQUISITOS ESPECÍFICOS, EN RAZÓN DE SU CONDICIÓN ESPECIAL DE PROCEDIMIENTO POSTERIOR A LA FINALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL

"Por su condición especial de procedimiento posterior a la finalización del proceso penal, no son aplicables, sin más, las disposiciones que rigen las apelaciones contra autos o contra la sentencia definitiva durante el proceso.

Primeramente debe decirse que son apelables durante el trámite de este medio de impugnación únicamente aquellas disposiciones que expresamente fueron determinadas por el legislador, que, como se verá, utilizó un criterio específico o de listado cerrado para establecer cuales proveídos admitían el recurso de apelación.

El criterio genérico contenido en el art. 464 Pr. Pn., no puede sustentar la admisibilidad objetiva del recurso de apelación durante la tramitación de la revisión, porque la disposición atañe a los autos dictados durante el proceso penal, se trata de una regla general diseñada para el proceso, pero no para el procedimiento o acción especial – verdadera naturaleza del "recurso" de revisión – por lo que debemos avocarnos a las disposiciones específicas que el legislador integró en el título que trata sobre la revisión.

Así, en el libro cuarto del código procesal penal denominado "recursos", se encuentra el título quinto (V) que regula la revisión, y en él se identifican únicamente dos tipos de resolución que admite apelación:

(i) En el art. 493 pr. pn., se dispuso que durante el trámite de la revisión, el juez puede ordenar la suspensión de la ejecución de la pena y dejar en libertad al imputado o someterlo a una medida cautelar no privativa de libertad, además dispuso que la resolución – tanto la que suspende la ejecución, como la sustitución de la detención provisional–admite apelación con efecto suspensivo

(ii) En el art. 494 inciso final pr. pn. literalmente se dispuso:

"La nueva sentencia que se dicte en virtud de la revisión *admitirá apelación si es proveída por un tribunal de primera instancia o casación si es pronunciada en segunda instancia".*

La norma precedente habilita la impugnación de la decisión dictada al finalizar el procedimiento de la revisión, pero no se trata de todos los pronunciamientos, sino, únicamente **los que constituyen una nueva sentencia."**

CONSIDERACIONES SOBRE LA SENTENCIA IMPUGNADA VÍA REVISIÓN

"El art. 143, inciso segundo parte inicial se lee:

"La sentencia es la que se dicta luego de la vista pública para dar término al juicio o al procedimiento abreviado, así como la que resuelva el recurso de apelación o casación".

El concepto legal de "sentencia" se encuentra aún muy indeterminado por su tenor literal, de modo que es menester aplicar alguna técnica de interpretación.

A efecto de interpretar armónicamente qué debe entenderse por sentencia definitiva, retomamos algunos razonamientos expresados por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en referencia a la naturaleza de los pronunciamientos de las cámaras de segunda instancia que servirán para ilustrar la dife-

rencia entre sentencia definitiva y pronunciamientos que, aunque denominados "sentencias" son en realidad decisiones interlocutorias de naturaleza diferente a la sentencia definitiva.

"En el ámbito de la admisión del recurso de casación, debe entenderse por sentencia definitiva la que resuelva un recurso de apelación mediante una decisión de fondo relativa a la pretensión punitiva, poniéndole término a las instancias. Es decir, que es la última sentencia emitida en las instancias sobre el fondo del asunto penal objeto del proceso. Esta categoría de sentencia se caracteriza en primer lugar por un elemento formal referido al objeto procesal de la decisión, consistente en que el fallo resuelva un recurso de apelación, Art. 143 Inc. 2° CPP. predicable respecto de todas las resoluciones mencionadas en el Art. 479 CPP. En segundo lugar, debe reunir un requisito de contenido, que es el que determina la naturaleza definitiva de la decisión, esto es, que el fallo de apelación defina la situación penal del acusado, resultando como consecuencia "absuelto" o "condenado" […] Pertenecen así, a esa especie de sentencias, por ejemplo, los fallos emitidos en apelación que confirman, reforman o revocan (y pronuncian el fallo de fondo que corresponda) una decisión absolutoria o condenatoria de primera instancia; o los dispositivos de absolución o de condena dictados originariamente en la segunda instancia. Por el contrario no son definitivas y por consiguiente no admiten casación, verbigracia, las sentencias de apelación que retrotraen el proceso a la primera instancia, ya sea para la reposición de actuaciones declaradas inválidas o para el desarrollo de la fase de juicio en los supuestos de revocación del sobreseimiento." [Sentencia de casación con referencia 245-C-2013, pronunciada a las 08:43 horas del 6 de mayo de 2014].

La Sala de lo Penal hace un análisis de contenido de aquellas resoluciones a las que la ley denomina como "sentencias" en segunda instancia, porque del texto de la disposición examinada – el art. 143 inciso 2 pr. pn. – se desprende que todas las resoluciones dictadas para resolver el recurso de apelación son denominadas sentencias, pero unas son interlocutorias y otras son definitivas.

Por el contrario, en el caso de la primera instancia – que es en la que se ubican los Juzgados de Instrucción, incluso cuando tramitan una revisión – se entiende por sentencia *"...la que se dicta tras la vista pública para dar término al juicio...",* la cual debe contener, según se desprende de la resolución de casación citada, un requisito consistente en que la sentencia define la situación jurídica del procesado ya sea absolviéndolo o condenándolo.

Entonces, serán consideradas "sentencias" las resoluciones dictadas en el trámite de revisión solamente cuando declaren la absolución – única posibilidad "de fondo" en el trámite de dicho medio de impugnación–mientras que todo otro proveído tendrá una naturaleza distinta (interlocutoria).

Durante el transcurso del proceso penal son apelables las resoluciones que declaran una nulidad absoluta, como también las resoluciones que ponen fin al proceso o imposibilitan su continuación; pero esa habilitación general, cede ante las disposiciones específicas que atañen a un trámite sucedido con posterioridad a la finalización del proceso.

En consecuencia, la declaratoria de no ha lugar al recurso de revisión no apelable como un "auto" ni puede ser considerada una "sentencia", por lo que no

se encuentra dentro del listado cerrado de resoluciones que admiten apelación durante el trámite es decir, no cumple con el requisito objetivo de impugnabilidad, basado en un criterio específico taxativo, único aplicable durante: la revisión.

Cuando se interpone un recurso contra una resolución que no lo admite, se incurre en el vicio regulado en el art. 453 pr, pn., puesto que no se encuentra interpuesto en las condiciones formales reguladas, ya que una de ellas es la que se indicó en el art. 452 pr. pn. es decir, que las resoluciones solamente son impugnables por los medios y en los casos expresamente establecidos, la sanción a ese vicio es la inadmisibilidad y así se declarará."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 443-2018, fecha de la resolución: 20/02/2019

RECURSOS

ES REQUISITO LEGAL QUE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA CAUSE AGRAVIO, EL CUAL DEBE SER MOTIVADO

"En atención a lo anterior resulta necesario hacerle ver a la apelante que cuando se recurre de una sentencia, en la práctica nos solemos enfrentar con **dos tipos de fundamentación** que suelen utilizar las partes en su recurso, la motivación de naturaleza **abstracta** y la motivación de naturaleza **concreta**; la primera de ellas (fundamentación **abstracta**) consiste en realizar **argumentos genéricos** referentes a los derechos fundamentales, a lo que dice la normativa internacional ratificada por nuestro país, también se suelen utilizar de manera genérica argumentos referidos al debido proceso, **a las norma de la sana crítica**; en cambio la fundamentación **concreta** consiste **ya en abordar directa y específicamente** el caso objeto de apelación, señalando como se ha indicado los **yerros jurídicos puntuales** de la sentencia, dándole cumplimiento a lo que regula el art. 453 C.P.P., el cual dice *"Los recursos deberán interponerse…**con indicación especifica de los puntos** de la decisión que son impugnados",* ello implica una tarea de examinar **minuciosamente la sentencia**.

La sala de lo Penal, en sentencia bajo Ref. 32-C-2011 de fecha 20 de enero de 2012, en lo pertinente dijo: "**es conveniente discutir acerca de la fundamentación del motivo;** es preciso mencionar**, que es uno de los aspectos medulares del memorial recursivo**, ya que constituye **ese apartado donde el recurrente debe exponer con verdadera técnica jurídica**, utilizando argumentos coherentes y lógicos…Precisamente, esta situación era la que debía evidenciar el impugnante , es decir**, tenía que explicar en qué consistía el error**…en definitiva, **en qué radicaba el yerro del Tribunal** en consecuencia, no se advierte la existencia de un equívoco, sino sólo el planteamiento de un divergencia en cuanto a la decisión de Ad Quem… y es que el defecto de mayor envergadura y que imposibilita el conocimiento en esta Sede, resultó ser la falta de fundamentación del escrito; cuestión que no puede prevenirse, porque podría generarse la posibilidad que el recurrente formulara otro motivo, fuera de la

oportunidad dispuesta en la normativa procesal penal, situación que vulneraría lo estipulado en el Art. 480 Pr. Pn. Inc Pn.”.”

Cámara de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, número de referencia: 397-P-18, fecha de la resolución: 26/04/2019

LA REFORMA DE UNA SENTENCIA EN PERJUICIO DEL IMPUTADO Y ÚNICO IMPUGNANTE, CONSTITUYE UNA TRANSGRESIÓN A LA GARANTÍA DE NEC REFORMATIO IN PEIUS

“Por último, se le hace ver al recurrente, que esta Cámara tiene claridad que no puede resolverse en contra del principio de “**Reformatio in pejus”**, consagrado en el Artículo 460 Cpp que regula: *“Cuando la resolución haya sido recurrida solamente por el imputado o su defensor, **no será modificado en perjuicio de aquél**. Los recursos interpuestos por el fiscal, el querellante o el acusador permitirán modificar o revocar la resolución aún a favor del imputado”. (*El resaltado es propio)**.**

Al respecto, la Sala de lo Penal, en su sentencia con referencia **K1/02**, de las 11 horas del 7 de febrero del 2003, dijo: “…*Cabe agregar que, en anteriores sentencias, y en casos similares al presente, la Sala ha declarado que la reforma de una sentencia en perjuicio del imputado y único impugnante, constituye una transgresión a la garantía de nec reformatio in peius, tal como se desprende del principio de obligatoriedad de juicio previo, consagrado en el Art. 8 Nos. 1 y 2 lits. b, c y d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues la imposición de una nueva pena implica un fallo sorpresivo al agravar la situación del imputado, en razón de no haberse discutido contradictoriamente los nuevos cargos formulados y el ejercicio de la defensa que le era inherente. El principio objeto de comentario, es de rango constitucional de acuerdo con el Art. 11 Cn., que reconoce la garantía de juicio previo, y el Art. 144 Cn. que otorga prevalencia a las normas contenidas en los tratados internacionales. …”.”*

Cámara de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, número de referencia: 368-P-18, fecha de la resolución: 26/04/2019

NECESARIO CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS DE IMPUGNABILIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA PARA SU PROCEDENCIA

“**1.** La procedencia de todo recurso, como medio de impugnación, se encuentra sujeta al cumplimiento del principio de legalidad recursiva, que consiste en el carácter de impugnabilidad franqueado por ley contra las resoluciones proveídas por los tribunales de justicia, a efecto de delimitar de manera comprensible aquellas decisiones que podrán ser controladas a través de los mecanismos formales y preestablecidos para tales efectos.

Consecuentemente, el análisis de cada escrito recursivo no es de carácter automático, sino que se encuentra sujeto al escrutinio de cumplimiento de aquellos parámetros legalmente estatuidos y que a su vez sirven como límites: la **impugnabilidad subjetiva,** que comprende la *legitimación* -de carácter directo o indirecto por vía de representación- que habilita a la parte revocante para el ejer-

cicio de la vía recursiva; y el *agravio* como el perjuicio a los intereses procesales del recurrente a partir de un error judicial en la decisión adoptada.

Por otra parte, la **impugnabilidad objetiva** contiene el denominado *principio de taxatividad,* que consiste en la especificidad objetiva de las decisiones impugnables; y de acuerdo al cual únicamente las decisiones regladas por el ordenamiento jurídico como recurribles lo son, en el plazo fijado por la norma y estrictamente por medio del instrumento definido por el legislador para ello. En ese sentido el art. 452 Pr. Pn., establece que:

"Las resoluciones judiciales serán recurribles solo por los medios y en/ los casos expresamente establecidos". [Subrayado proveído]

En la fijación de las decisiones recurribles, así como en los instrumentos procesales para ello existe margen de configuración de acuerdo a la *liberta formación democrática de la voluntad legislativa.* En esos términos se ha referido la Sala de lo Constitucional en el proceso de Inconstitucionalidad 40-41/2009 (40-2009 Ac) al acotar que:

"El derecho a recurrir, es aquel que tiene toda persona a hacer uso de los recursos que el ordenamiento jurídico expresamente consagra, dentro del derecho al proceso constitucionalmente configurado que se conjuga con el derecho de audiencia y defensa - Por consiguiente, el referido derecho es de aquellos respecto de los cuales el legislativo dispone de un cierto margen de conformación, en virtud de su libertad de modular las posibilidades de impugnación en cada materia sometida a regulación: ampliarlas en unas y reducirlas en otras. Por ejemplo, en algunos casos podrá sólo establecer el recurso de revocatoria; en otros contemplar, además, el recurso de apelación; pero en otros negar toda posibilidad de un segundo examen de la cuestión" [Sentencia Definitiva de las 10:09 horas del 12 de noviembre de 2010]".

CONSIDERACIONES SOBRE EL RECURSO DE REVOCATORIA

"**2.** En el caso del recurso de **Revocatoria,** ésta se encuentra regulada el artículo 461 Pr. Pn, y literalmente se lee:

"Procederá el recurso de revocatoria contra las decisiones pronunciadas en audiencia o fuera de ellas que resuelvan un incidente o cuestión interlocutoria, a fin de que el mismo tribunal que las dictó las revoque o modifique." [Subrayado proveído]

Del precepto citado podemos deducir que la técnica legislativa utilizada para el establecimiento de las decisiones que son revocables utiliza un criterio *genérico,* ya que no señala específicamente el supuesto de hecho cuya revocatoria se habilita; sino únicamente se atiende de forma general al acto procesal en que se proveen *–en audiencia-,* o al *quid* de la resolución cuya revocatoria se procura *-aquellas que resuelvan un incidente o cuestión interlocutoria-* y contra la cual el impetrante tiene motivos fundados para basar su inconformidad.

Esto último requiere entonces que la revocatoria no plantee una discusión sobre una resolución de fondo, las cuales ya cuentan con medios de impugnación distintos; esto significa la exclusión por ministerio de ley de cualquier cuestión que incida directamente sobre la situación jurídica de los imputados y la

incriminación emprendida, y trata en su mayoría agravios surgidos por la forma de sustanciación del proceso."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 381-385-386-2018AC, fecha de la resolución: 21/02/2019

RECUSACIONES

IMPROCEDENTE CUANDO LA DENUNCIA, COMO MOTIVO DE IMPEDIMENTO PARA LA SEPARACIÓN DEL FUNCIONARIO, ES DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA Y NO PENAL

"**1)** 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.

De lo anterior surge la necesidad que cuando una de las partes procesales estime la existencia de un déficit en la imparcialidad o independencia judicial, pueda utilizar el mecanismo que la ley franquea –Recusación- a efecto de mantener en el estándar más alto de cristalinidad el proceso penal.

- Por lo anterior debe entenderse que la causal alegada por el defensor particular Carlos Alberto Meléndez Navas, es referente a un posible déficit de imparcialidad, entre el Juzgador y su persona.

Sobre la causal novena, referente a que el señor Juez Quinto de Instrucción de San Salvador, denunció en otra causa, previo al inicio del presente proceso a dicho profesional en la Sección de Investigación Profesional de la Corte Suprema de Justicia, en esa sintonía es menester delimitar que **denuncia** debe ser comprendida en dicha causal de separación.

La jurisprudencia de la Sala de lo Penal y de este Tribunal de Apelaciones, han sostenido en precedentes en materia de recusación, que la causal novena, referente a la naturaleza de la denuncia, es que esta debe ser en materia **penal,** en ese sentido, puede verse:

"[...]el legislador, al referirse precisamente a los conceptos de "denuncia" y "acusación", el ordenamiento jurídico ha circunscrito el alcance de esta causal **al ámbito penal,** dado que estos actos se encuentran claramente definidos en los artículos doscientos sesenta y uno y cuatrocientos treinta y nueve del código procesal penal, como mecanismos de iniciación del procedimiento para los delitos de acción pública y privada, respectivamente"[...](Expediente 002-REC-2016, resolución de las ocho horas con treinta minutos del veinticinco de mayo de dos mil dieciséis)."

Asimismo este Tribunal de Apelaciones ha sostenido que sobre denuncias ante dependencias de la Corte Suprema de Justicia que "[...] En lo que concierne al hecho que los imputados han interpuesto denuncia en contra de las suscritas ante la Sección de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia, hemos de señalar que ese evento, por sí mismo, no configura el impedimento previsto en el artículo 66 numeral 9 pr. pn. dado que se trata de una denuncia en **sede administrativa** y no es de orden penal [...] " (Expediente 127-17-4, de las once horas con treinta y un minutos del diecinueve de abril de dos mil diecisiete)

De lo anterior, se establece que la queja estriba, en que el peticionario fue denunciado por el Juzgador en la **Sección de Investigación Profesional,** dependencia del Órgano Judicial, que tiene como función principal de conformidad con el art. 115 de la Ley Orgánica Judicial

"[...] Art. 115.- Habrá en la Corte Suprema de Justicia una Sección encargada de **investigar la conducta de los abogados,** notarios, estudiantes de Ciencias Jurídicas, en facultad de defender o procurar, ejecutores de embargos y demás funcionarios de nombramiento de la Corte que no formen parte de la Carrera Judicial. [...] "

Al estudiar la naturaleza del procedimiento ante dicha sección por denuncia interpuesta por incumplimiento del régimen disciplinario del Código Penal, (inasistencia injustificada) se delimita que la estructura de dicho procedimiento, es eminentemente **administrativo** asimismo que las consecuencias que pueden imponerse por el cometimiento de una infracción son foráneas del proceso penal, careciendo entonces dicha denuncia del requisito que se haga mediante los mecanismos de origen del proceso penal, no siendo el presente caso originado con la finalidad de someter su infracción en su calidad de parte técnica al derecho penal, sino que esta fuese controlada, mediante la Sección de Investigación Profesional de la Corte Suprema de Justicia como autoridad **administrativa** competente para conocer de las conductas de los abogados.

2) Así las cosas, luego de haberse determinado que la denuncia no es vinculante para efectos del art. 66 CPP por ser materia **administrativa,** deberá de rechazarse el motivo de recusación alegado, en consecuencia declararse no ha lugar la separación del señor Juez Quinto de Instrucción de San Salvador, licenciado […]."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 87-2019, fecha de la resolución: 25/03/2019

REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR EL ESCRITO DE RECUSACIÓN

"Respecto a los requisitos que debe cumplir el escrito de recusación, el Art. 70 CPP, literalmente expresa:

"La recusación será interpuesta bajo pena de inadmisibilidad, por escrito que indique los motivos en que se basa y los elementos de prueba, en las oportunidades siguientes: [...] 2) Si se trata del juez de instrucción, hasta la conclusión del plazo de instrucción [...] Sin embargo, la recusación que se fundamente en una causa producida o conocida fuera de los plazos señalados, podrá deducirse dentro de las veinticuatro horas contadas a partir del conocimiento".

Estos motivos a los que hace alusión la disposición legal son tendientes a establecer algún supuesto de eventual parcialidad del juzgador, entre los cuales caben mencionar los contenidos en el art. 66 CPP, mismos que deben ser alegados oportunamente, dentro de los parámetros temporales que señala la Ley.

Por lo que, cuando una de las partes advierte uno o más de los impedimentos enumerados en la ley, deben cumplirse las reglas siguientes: i) el impedimento alegado por la parte que lo advierte deberá estar contemplado taxativamente en el art. 66 CPP; ii) deberá cumplir requisitos de tiempo y forma establecidos en el art. 70 CPP; iii) procederá conforme al trámite establecido en el Art. 68 CPP; iv) el procedimiento debe tener un fundamento probatorio que establezca los extremos procesales alegados."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-73-19, fecha de la resolución: 29/03/2019

REDENCIÓN DE LA PENA

REQUISITOS ESTABLECIDOS POR EL LEGISLADOR PARA SU CORRECTA APLICABILIDAD

"I).- La Ley Penitenciaria, exige que los preceptos establecidos en la misma, sean aplicados con preferencia a cualquier otra disposición infraconstitucional; ello implica, que toda la actividad penitenciaria no puede desconocer el marco constitucional y legal, de conformidad a lo establecido en el Art. 4 LP., y Arts. 144 y 246 Cn. Por tanto, tratándose del beneficio de la Redención de la Pena, contemplado en el Art. 105-A LP., el cual establece que los internos que han sido condenados podrán gozar de dicho beneficio, una vez cumplan con los requisitos establecidos en la normativa especial.

Advierte esta Cámara, que el trabajo penitenciario realizado por el interno […], según lo consignado en la constancia de la Redención de la Pena, inició a partir de septiembre de dos mil catorce, […], en razón de ello, siendo la normativa aplicable para ese tiempo el mencionado Art. 105-A LP., antes de la reforma, según Decreto Legislativo número Trescientos Ochenta, de fecha diecinueve de mayo de dos mil dieciséis, del Diario Oficial número Cien, Tomo Cuatrocientos once, del treinta de mayo de ese mismo año, será ese mismo que se utilizará para resolver la tramitación de dicho beneficio, y dada tal situación, la argumen-

tación y fundamentación jurídica se sustentará sobre esa disposición jurídica, de conformidad a lo establecido en los Arts. 21 Cn; 9 CC; y 14 CP.

De allí, es que el trabajo, sea considerado como parte del "Tratamiento Penitenciario", por orientarse a la finalidad constitucional de la readaptación y reinserción social de los internos, y de la corrección de los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, así como, la prevención de los delitos, de conformidad a lo prescrito en el Art. 27 inc. 3° Cn.

La Redención de la Pena por trabajo, consiste en la reducción, poder o potestad de descontar del tiempo de la condena, una parte significativa de la privación de libertad, por el cumplimiento de un determinado trabajo, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley, los cuales consisten: 1) Que la persona esté cumpliendo una pena privativa de libertad; 2) Que el interno esté realizando una actividad laboral, entendida como aquel esfuerzo desarrollado, conforme lo estipulado en los Arts. 9 N° 6, 105-A y 106 LP; es decir, una actividad lícita, no aflictiva y remunerada, salvo excepciones; 3) El trabajo puede ser intelectivo o manual, dependerá de cada caso, Arts.107 y 112 LP; 4) El trabajo puede ser realizado en la misma institución, en otra institución del sistema penitenciario o fuera de éste (de carácter particular), siempre que sea autorizado y verificado por las autoridades administrativas competentes, Arts. 107 Inc. 2 y 110 LP; 307, 309 y 316 RGLP; 5) La dirección y control del trabajo fuera de las instalaciones puede ser encomendado a una persona natural o jurídica ajena a la institución, Art. 317 RGLP; y, 6) El Consejo Criminológico Regional deberá extender la correspondiente constancia de la actividad laboral, a efecto de que el Juez de Vigilancia y de Ejecución de la Pena competente efectúe la rectificación del cómputo, resolviendo con ello, lo que conforme a derecho proceda, Art. 105-A Inc. 3º LP.

II).- El tratamiento penitenciario, conforme a lo establecido en el Art. 124 LP., y Art. 342 RGLP., consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados; es decir, pretende que el interno sea una persona que tenga la intención y la capacidad de vivir y convivir en el exterior de un recinto penitenciario, donde pueda externar un comportamiento de respeto acorde, al orden social, y es por eso que se procura, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de conciencia y respeto hacia ellos mismos, buscando forjarles un sentido de responsabilidad individual, comunitaria y social con respecto a su familia, al prójimo y en general al mundo exterior que lo rodea.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, en la Regla número 71. 1), establece: ""El trabajo penitenciario no deberá tener carácter aflictivo; 2) Todos los condenados serán sometidos a la obligación de trabajar habida cuenta de su aptitud física y mental, según la determine el médico; 3) Se proporcionará a los reclusos un trabajo productivo, suficiente para ocuparlos durante la duración normal de una jornada de trabajo; 4) En la medida de lo posible, ese trabajo deberá contribuir por su naturaleza a mantener o aumentar la capacidad del recluso para ganar honradamente su vida después de su liberación; 5) Se dará formación profesional en algún oficio útil a los reclusos que estén en condiciones de aprovecharla, particularmente a los jóvenes; 6) Dentro de los límites compatibles con una selección profesional racional y con las exigencias de la

administración y la disciplina penitenciarias, los reclusos podrán escoger la clase de trabajo que deseen realizar."" (sic.), y la Regla número 76.1, establece: ""El trabajo de los reclusos deberá ser remunerado de una manera equitativa; 2) El reglamento permitirá a los reclusos que utilicen, por lo menos, una parte de su remuneración para adquirir objetos destinados a su uso personal y que envíen otra parte a su familia; y, 3) El reglamento deberá igualmente prever que la administración reserve una parte de la remuneración a fin de constituir un fondo que será entregado al recluso al ser puesto en libertad."" (sic.)."

DENEGATORIA DEL BENEFICIO POR PARTE DEL AQUO NO ESTÁ CONFORME A DERECHO, POR NO HABER SIDO DEBIDAMENTE FUNDAMENTADA

"III).- Específicamente en el caso en análisis, advertimos que la señora Juez Segundo de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de La Libertad, al momento de Denegar el BENEFICIO DE LA REDENCIÓN DE LA PENA, en su resolución, en lo pertinente al caso y resumido por nosotros consideró:

Que el interno había realizado trabajo, relacionado con la elaboración de artesanías de madera dentro del centro penitenciario, según constancia de la Redención de la Pena, remitida por el Consejo Criminológico Regional Occidental; sin embargo, para la señora Juez, dicho documento no determinaba qué tipo de trabajo penitenciario había realizado el interno, dado que, según ella, el trabajo penitenciario generaba una relación laboral entre el interno y el sistema penitenciario, debiendo estar sometido a las relaciones de subordinación, exclusividad y remuneración. Asimismo, la señora Juez, manifestó que, además, existía el trabajo penitenciario como parte de programas generales de rehabilitación, según lo disponía el Art. 348 literal d) del Reglamente General de la Ley Penitenciaria, regulándolo como programa de formación laboral. Ante tal situación, la señora Juez, consideró que no era posible determinar si el trabajo reflejado en la constancia de la Redención de la Pena, era trabajo efectivo, o por el contrario un trabajo como parte de un programa de rehabilitación, dado que el Consejo Criminológico Regional Occidental, no había detallado de manera clara y precisa dicha circunstancia; por ello, la señora Juez, resolvió DENEGAR al interno […], EL BENEFICIO DE LA REDENCIÓN DE LA PENA.

Siendo así las cosas, todo nos lleva a considerar que, tal decisión no ha sido apegada a derecho, por ello no es compartida por esta Cámara, debido a que al analizar los requisitos de la institución jurídica del Beneficio de la Redención de la Pena, advertimos:

1).- Que el interno […], está cumpliendo una pena privativa de libertad de diez años de prisión, en el Centro Preventivo y de Cumplimiento de Penas de Apanteos, jurisdicción de Santa Ana, por el delito de Homicidio Simple;

2).- El mencionado interno realizó una actividad laboral, realizado de manera lícita, no aflictiva y ad honorem;

3) El trabajo que realizó el interno fue de tipo manual, consistente en: "Elaboración de Artesanías en madera pequeña", en las instalaciones del citado centro penitenciario, el cual, estuvo bajo la dirección, control y supervisión de las autoridades penitenciarias competentes; y,

4) El Consejo Criminológico Regional Occidental, remitió la correspondiente constancia de la actividad laboral realizada por el interno, al Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena competente, a fin de que efectuara la rectificación del cómputo, resolviendo con ello, lo que conforme a derecho procediera, tal como lo establece el Art. 105-A Inc. 3º LP., cuyo tenor literal fue dejado en el olvido.

De allí, que a fin de sustentar lo antedicho en los numerales 2), 3) y 4), al revisar el expediente, encontramos la Constancia de la Redención de la Pena, que es el documento legal, pertinente e idóneo para analizar el trabajo realizado.

Advertida tal situación, se tiene que la ya mencionada constancia, fue remitida a la señora Juez Segundo de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de La Libertad, mediante oficio […].

Con base a lo relacionado en el documento que antecede, analizamos: Que el mencionado documento, es claro y detallado, pues en él, se precisa que el interno se desempeñó en el trabajo de elaboración de artesanías de madera pequeña, durante las fechas y horarios establecidos por la administración penitenciaria, según se dice en el documento en cuestión; asimismo, este originó la relación laboral especial penitenciaria entre el interno y la propia administración, en la que, el interesado pudo concretar la actividad laboral de la producción "artesanal", tal como se ha mencionado, donde acumuló un total de cuatro mil novecientos ochenta y seis horas laboradas, equivalentes a SEISCIENTOS VEINTITRÉS DÍAS DE FORMA EFECTIVA (623 días efectivos), de la cual, toda esa información, según se apunta en el aludido documento, fue respaldada por el señor Director del Centro Penal, el Subdirector Técnico y la persona encargada de la Oficina Ocupacional del Centro Preventivo y de Cumplimiento de Penas de Apanteos.

Sin embargo, si bien notamos que dicho trabajo penitenciario fue debidamente realizado, advertimos que éste, no fue remunerado al interno por parte de la administración penitenciaria, pues según se establece en dicha constancia, éste fue de "CARACTER AD HONOREM", aun siendo conocedora la administración, que el trabajo debe ser remunerado, por constituir una exigencia legal y un derecho, tal como lo contempla nuestra Ley Primaria, la Ley Penitenciaria y su respectivo reglamento, así como, algunos instrumentos internacionales, como el mencionado en el romano II de la presente, y aun así y con todo ello, se desconoció dicha normativa jurídica.

De allí, es que por ese solo hecho y por razones de justicia, los aplicadores del derecho no podemos dejar de considerarlo y valorarlo como un trabajo penitenciario y ello por todas las implicaciones que conlleva, y porque el interno dentro de esa relación laboral especial es sujeto de derechos y obligaciones, tal como lo dispone el Art. 9 No. 13 LP., relacionado con el Art. 310 literal b) RGLP., el cual, este último, establece: ""A que se valore el trabajo productivo realizado por el interno en orden al régimen y tratamiento penitenciario, así como la concesión de beneficios penitenciarios establecidos en la Ley;"" (sic.), lo anterior implica que, el reconocimiento del trabajo penitenciario tiene un respaldo jurídico de gran valor dentro del sistema de justicia penitenciaria, no solo por su paso por el régimen y tratamiento penitenciario, sino, porque es importante en la concesión

de un beneficio penitenciario, para este caso, –la Redención de la Pena-, donde lo que se busca es capacitar al interno y forjarle hábitos de trabajo, disciplina y por ende, lograr su reinserción en la sociedad.

En tal sentido, el documento legal que sirvió de base a la señora Juez, para analizar el beneficio de la redención de la pena por trabajo penitenciario, nos referimos propiamente a la Constancia de la Redención de la Pena del interno […], fue erróneamente valorado en la audiencia celebrada, y dada tal situación originó como consecuencia la denegación del mencionado beneficio, con base a una motivación que no fue la apropiada, ni la debida, jurídicamente hablando, por la referida señora Juez del caso, con todo respeto se lo hacemos ver.

Lo anterior lo sostenemos, en razón a que los "Programas de Tratamiento Penitenciario", específicamente, los programas generales, conforme a los Arts. 347 y 348 literal b) LP., (no es como lo relaciona la señora Juez a-quo.), pueden ser llevados por los internos, es decir, ellos pueden realizar trabajos como parte complementaria de su tratamiento penitenciario, pero entendemos que, "no constituyen un trabajo propiamente dicho", sino, que estos son programas o actividades que van encaminados para que el interno adquiera los aprendizajes necesarios y conocimientos apropiados, tal como se expresa en el literal b) de la disposición legal recién anotada, los cuales le permitan desarrollar sus habilidades y destrezas para que en un futuro pueda ejercitar un oficio, es decir, en la ejecución de los programas, el interno no es un experto en la ciencia, arte u oficio como para considerar que la actividad que realizará constituya un trabajo o una actividad de apoyo; por el contrario, es un "aprendiz" con el interés de lograr una formación profesional; de allí que, en el presente caso, no se está ante la presencia de programas de rehabilitación, sino, en la ejecución de un trabajo propiamente dicho.

En razón de todo lo anteriormente expuesto, esta Cámara debe REVOCAR la resolución proveída en la Audiencia Oral y Pública […], el beneficio de la REDENCIÓN DE LA PENA POR TRABAJO, por ser lo que conforme a derecho procede, asimismo, debe ordenarse a la señora Juez, convocar a Audiencia Oral y Pública, previa cita de las partes, con el propósito de que efectúe la rectificación del cómputo de la pena impuesta al interno, ya antes mencionado, de conformidad a lo dispuesto en los Arts. 44 y 105-A LP.

IV).- Con respecto a lo expuesto por las licenciadas […], en la calidad que intervienen, de manera atenta y respetuosa les aclaramos: i) Dichas profesionales en su recurso de apelación establecen que, los "informes" remitidos por el Consejo Criminológico Regional Occidental, merecen fe, pues dicho ente es el que determina qué trabajo penitenciario es considerado como redención de la pena; y que las hojas remitidas son un respaldo de las actividades realizadas por el interno, donde el Juez de Vigilancia no tiene facultad para descartar las actividades realizadas en dichas hojas; acerca de tal situación les aclaramos que, si bien dichos informes merecen fe, no solo por eso el Juez de Vigilancia está obligado a conceder el beneficio de la Redención de la Pena; por el contrario, dicho funcionario judicial está obligado por la ley, primero a examinar si la constancia de la Redención de la Pena remitida por el Consejo Criminológico Regional, cumple con los requisitos establecidos en el Art. 105-A LP., y solo si habiendo advertido

que se cumplen a cabalidad tales requisitos, entonces deberá conceder el mencionado beneficio al interno, cosa que la señora Juez no hizo.

De allí, que dichas profesionales deberán atenerse a lo que resolverá esta sede judicial, dados los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la presente, por ser lo que jurídicamente procede."

Cámara Mixta de Tránsito y de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, número de referencia: 6-2019-JVPEP-2LL-AP, fecha de la resolución: 14/03/2019

REEMPLAZO DE LA PENA DE PRISIÓN

FUNDAMENTOS DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL NO DEBEN CONFUNDIRSE CON LOS DE LA DENEGATORIA DEL BENEFICIO DE LOS SUSTITUTOS PENALES

"1. De conformidad al escrito recursivo, quien apela, alega la inobservancia de las disposiciones legales establecidas en los artículos 2, 11 Cn., Art. 4 inc. 3°, 144 del Código Procesal Penal, al exponer que existe una insuficiente fundamentación, por cuanto no le dio cumplimiento al Art. 74 Pn, referente al reemplazo de la pena de prisión a favor del procesado (…) a pesar de haber sido solicitado por su defensa técnica.

2. Sobre dicho motivo de agravio es importante retomar el concepto de fundamentación jurídica de la pena, cuyo objeto es establecer los parámetros legalmente determinados para definir tanto la naturaleza como el *"quantum"* de la sanción a imponer al encausado. Por ello se toma indispensable exponer las razones fácticas y jurídicas por las cuales el Juzgador decide sancionar con privación de libertad. De manera que al omitir pronunciarse acerca de una solución punitiva aplicable, o determinar una sanción más favorable para los intereses del enjuiciado, tal como aplicar o no alternativas a la prisión, debe necesariamente estar precedido de una justificación, con aspectos atendibles y objetivos, en observancia a las circunstancias del hecho cometido y en consonancia con las disposiciones legales aplicables al asunto. *(Vid sentencia de la Sala de lo Penal con referencia 64C2016 de fecha 06/ 07/2016)*

En relación a este tema, la Sala de lo Constitucional ha señalado que la pena es la primera y principal consecuencia jurídica de un ilícito y constituye uno de los fundamentos básicos del sistema de justicia penal, debiendo entenderse como un mal que se aplica a un individuo como consecuencia de la realización de un ilícito, previa comprobación positiva de éste en un proceso penal por parte del juez competente, entendiéndose como una sanción impuesta por el Estado en el ejercicio de su potestad soberana de penar a quien efectúa alguna conducta previamente determinada como delito, en razón de que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos. *(ver sentencia de Inconstitucionalidad con referencias 32-2006/48-2006/52-2006/81-2006/91-2006, de fecha 25/03/2008.).*

Asimismo, en la resolución HC 190-2009, de fecha 16/06/2010, el referido Tribunal Constitucional sostuvo que, corresponde al juzgador que emitirá la

sentencia condenatoria tomar en cuenta —entre otros parámetros — las condiciones personales del autor a efectos de determinar la sanción a imponer en su caso, siendo dicha valoración exclusiva del juez sentenciador. Asimismo, la sustitución de la pena de prisión o su denegatoria, se acuerda por el juzgador en la sentencia, antes de dar inicio a la ejecución, atendiéndose a las circunstancias persónales del condenado, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, siempre que sea posible. En otras palabras, la determinación de la misma y su sustitución le competen al juez que emite la sentencia.

[---]

4. De lo anterior, se advierte que, la sentenciadora en un primer momento realiza afirmaciones generales, donde no se logran distinguir las razones por la cuales la señora Juez consideró que no era viable el reemplazo de la pena del procesado y en un segundo momento solamente justifica la detención provisional en la que debe de mantenerse el encausado. Es decir, confunde los fundamentos de la justificación de la detención provisional con los de la denegatoria del beneficio de los sustitutos penales, pero sin explicar las razones o motivos por los cuales consideró que no era viable el reemplazo de la pena, ya que su respuesta debió circunscribirse a los parámetros establecidos en el Art. 74 Pn. en cuanto a que, sin perder de vista que es una potestad que el legislador le otorga al Juzgador, éste debe pronunciase atendiendo a las "CIRCUNSTANCIAS DEL HECHO COMETIDO", determinando su procedencia o denegatoria *(Vid sentencia de la Sala de lo Penal con referencia 64C2016 de fecha 06/ 07/2016).*

En tal sentido, el señalamiento efectuado por la recurrente es atendible, en tanto que las razones externadas por la alzada expresan una limitada interpretación del Inc. 2° del Art. 74 Pn., constituyendo un defecto de fundamentación jurídica que no se podría sostener, lo que implica el incumplimiento de los presupuestos de motivación que regula el Art. 144 Pr. Pn."

REQUISITOS NORMATIVOS PARA SU PROCEDENCIA, CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS

"En ese sentido y como se ha expresado, para el reemplazo de la pena de prisión nuestra ley sustantiva contempla como requisito formal que el juzgador de forma motivada y atendiendo a las circunstancias de hecho, reemplace las penas que no excedan de tres años de prisión, dicho precepto dice: *"Art. 74.- El juez* o *tribunal deberá, en forma motivada, reemplazar las penas* de *prisión mayores de seis meses y que no excedan de un año por igual tiempo de arresto de fin de semana, de trabajo de utilidad pública o por multa. Así mismo podrá, atendiendo a las circunstancias del hecho* cometido, *sustituir las superiores a un año y que no excedan de tres años por igual tiempo de arresto de fin de semana o de trabajo de utilidad pública.".*

De esta manera, se persigue que la pena no se ejecute atendiendo a la finalidad de evitar que sujetos con penas privativas de libertad de corta duración, ingresen al ambiente de la prisión, y que la amenaza del cumplimiento de esa pena, así como la sujeción a ciertas condiciones, tenga en el condenado un efecto de disuasión.

6. Sobre este tema, la doctrina ha señalado: *"...se persigue, tal como su nombre lo dice, suspender la ejecución de la sentencia condenatoria en lo atinente a la pena privativa de libertad impuesta durante un período de tiempo previamente establecido, en busca de prevenir la criminalidad y sustraer del ambiente carcelario a infractores que incurran en comportamientos delictivos de poca monta, de tal manera que su rehabilitación pueda cumplirse fuera del mundo de las prisiones...",* (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando; *"Manual de Derecho Penal, Parte General",* Editorial Temis S.A. Bogotá, 2002, página 581).

En el mismo sentido, para casos de penas de corta duración, es que se trata de evitar la prisión, por su naturaleza deteriorante, constituyendo un trato preferencial que se otorga a quien es condenado por un delito que no tiene mayor reproche, para que no ingrese 1 a la cárcel, sino que la simple amenaza del cumplimiento de la pena, si no observa las condiciones impuestas, le aleje de la comisión de un nuevo delito.

7. En el caso en examen, conforme a las circunstancias fácticas acreditadas, y al dictarse sentencia se consideró que la sanción proporcional al delito cometido, congruentes con el desvalor de los actos realizado, correspondía aplicar una pena de tres años de prisión; es decir, estamos en presencia de una sanción cuya penalidad permite la sustitución en los términos acordados por el Art. 74 Inc. 2° Pn.

En tal sentido, atendiendo a los fines que se persiguen con no ejecutar la pena de prisión; esto es, que una persona no sea institucionalizada por una pena de corta duración, y advirtiendo que la pena del delito no supera los tres años de prisión, implica que nos encontramos en los supuestos legales que, dado los rangos de las sanciones establecidas, es posible otorgar el beneficio; siendo imprescindible para ello, verificar las circunstancias señaladas como requisitos en el Art. 63 Pn., ya que como lo ha sostenido la Sala de lo Penal que la aplicación del reemplazo de la pena de prisión, aunque no exceda del tiempo que la ley establece, no significa que automáticamente se deba sustituir por el arresto de fin de semana o trabajo de utilidad pública, pues tales circunstancias no son un imperativo para el juzgador, siendo para éste una decisión y facultad, otorgada o no, atendiendo a la naturaleza del hecho, y tomando en cuenta que, de conformidad al principio de necesidad de la pena, ésta se debe aplicar cuando sea necesaria y en forma proporcional al hecho realizado *(Vid. sentencia con referencia 626-CAS-2009 del 14/03/2011.)*."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-355-18, fecha de la resolución: 19/03/2019

RELATOR ESPECIAL PARA LA INDEPENDENCIA JUDICIAL DE LAS NACIONES UNIDAS

LOS JUZGADORES PODRÁN REMITIRLE INFORMES SOBRE LAS PRESIONES INDEBIDAS QUE SE EJERZAN EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

"5.16) En su oportunidad, se dejó ver por parte de la Relatora Especial para la Independencia Judicial de las Naciones Unidas, que según los principios básí-

cos de la independencia de la judicatura, los jueces deben resolver los asuntos que conozcan con imparcialidad basándose en los hechos en consonancia con el derecho sin restricción alguna y sin influencia, alicientes, presiones, amenazas o en condiciones indebidas sean directas o indirectas de cualquier sector o por cualquier motivo.

5.17) En atención a lo antes expuesto, este Tribunal considera procedente y necesario informar al Relator Especial para la Independencia Judicial de las Naciones Unidas, las presiones indebidas que se han ejercido contra los suscritos Magistrados, antes de conocer formalmente la decisión judicial y los fundamentos fácticos y jurídicos en que se encuentra sustentada; y antes de que se hayan ejercido los recursos por las partes procesales. De igual forma, se librará el informe a que hace referencia el Inc. 5° del Art. 4 Pr.Pn., a la Corte Suprema de Justicia, por tratarse de hechos que pretenden interferir en el ejercicio de la función judicial.

5.18) Como último punto, es necesario señalar que este discurso de desprestigio que se ha ejercido contra los suscritos Magistrados se ha visto acompañado de nuestras imágenes, lo que podría suponer un potencial riesgo a nuestra integridad física, que sería resultado directo, en buen medida de los pronunciamientos irresponsables por parte de particulares y funcionarios públicos, quienes ignoran en su totalidad el contenido del caso."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 75-ANTEJ-2019, fecha de la resolución: 05/11/2019

RESOLUCIONES JUDICIALES

DEBEN ESTAR DOCUMENTADAS EN AUTOS POR SEPARADO Y NO ÚNICAMENTE EN UN ACTA JUDICIAL

"Este Tribunal sustentándose en la Jurisprudencia de la Sala de lo Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en sus sentencias 332C2014 y 164C2016, ya ha expresado cuestiones importantes relacionadas con la impugnación de decisiones documentadas solamente en actas y ha concluido que a la luz de los Arts. 464 y 468 Pr. Pn., lo apelable en materia procesal penal son los autos - *por supuesto con las restricciones que impone el Principio de Taxatividad* - y las sentencias dictadas en Primera Instancia, es decir, que se puede apelar de los documentos en el cual el propio Juzgador justifica sus decisiones en cumplimiento de la obligación de fundamentación, preceptuada en el Art. 144 Pr. Pn. y no de aquellos en que se documenta el dictado oral de las decisiones del Juez o Tribunal, cuya redacción con arreglo a los Arts. 139, 140 y 300.2 Pr. Pn., corresponde a los Secretarios judiciales, entiéndase que nos referimos a actas judiciales secretariales.

De ese criterio se deriva la siguiente consecuencia, de interés para efectos recursivos: Que el cómputo del plazo legal para el ejercicio del Recurso de Apelación debe comenzar a contarse a partir del día siguiente al de la notificación del auto (Art. 167 Inc.1° Pr. Pn.) y no a partir de la fecha del acta de la Audiencia Oral en la que se plasmó la decisión.

En ese sentido, podemos afirmar que al apelar de una decisión relativa a la imposición o a la denegación de medidas cautelares, documentada únicamente en un acta judicial y no en un auto por separado en el que debería constar el cumplimiento del deber de fundamentar, se debe colegir que la parte impugnante ha ejercido su derecho a recurrir en apelación contra una decisión que - *por la forma en que actualmente está documentada* - no admite ese medio impugnativo de Apelación y en consecuencia, tal alzada debe ser declarada improcedente, pero a fin de no vulnerar el derecho a recurrir de la parte impugnante debe ordenarse al funcionario judicial de que se trate, que emita el correspondiente auto y que lo notifique a cada una de las partes en el medio o en lugar admitido por éstas para recibir actos de comunicación procesal, para que puedan hacer uso de los mecanismos de impugnación que crean convenientes.

En tal sentido, en el caso en concreto, la decisión de denegar las medidas cautelares se ha documentado únicamente en un acta judicial y por ello, se ha infringido el Principio de Legalidad Procesal, por lo que la alzada interpuesta será declarada improcedente y deberá ordenársele a la señora Juez del Tribunal Primero de Sentencia de Zacatecoluca, Licenciada [...], que dé cumplimiento a los Arts. 4, 143, 144, 320 y 341 Pr. Pn., en cuanto a que la decisión de denegar las medidas cautelares sea consignada en un auto por separado con los fundamentos de hecho y de Derecho y que sea notificado ese auto en el medio o en el lugar admitido por las partes para recibir actos de comunicación procesal, quedando a las partes que se consideren agraviadas, expedito su derecho a recurrir oportunamente si lo creyeren conveniente, por lo que, el auto deberá ser emitido sin necesidad de convocar a las partes a una nueva Audiencia Especial, por cuanto fue en esa Audiencia en que se cometió el equívoco detectado."

Cámara de la Tercera Sección del Centro, número de referencia: P-150-PC-SENT-2019-CPPV, fecha de la resolución: 25/06/2019

RESPONSABILIDAD CIVIL

CONSIDERACIONES SOBRE SUS PRESUPUESTOS Y PROCEDENCIA, A CONSECUENCIA DE UN SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

"Número 7. Con respecto a la responsabilidad civil, es necesario tener en cuenta que no se trata de decidir sobre cualquier tipo de responsabilidad civil, sino únicamente de aquella que se deriva como consecuencia del hecho punible, sea constitutiva de delito o de falta, ello lo informa el "Titulo VI del Libro Primero del Código Penal, que atiende a las "Consecuencias civiles del hecho punible"; el artículo 114 del Código Penal, este precepto determina la fuente de la obligación civil, señalando como origen de tal obligación que genera consecuencias civiles, el delito o la falta, al decir: "La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta, origina obligación civil en los términos previstos en este Código". El origen de la responsabilidad civil, en materia penal, es un delito o una falta, de ahí que, la ejecución de esos hechos por parte de una persona, si causa consecuencias dañosas, generará obligación civil, y consecuencias civiles que se

deben reparar, con ello se vuelve a destacar, que la única fuente de obligación es el delito, no se trata entonces de imputar y decidir sobre una ejecución del daño en general.

Número 8. Las personas son las que incurren en responsabilidad civil por el delito cometido, así presupuesto de la responsabilidad civil, es que una persona sea declarada culpable de haber cometido un hecho punible, ello es la regla general, y lo afirma el artículo 116 del Código Penal, cuando dice: "Toda persona responsable penalmente de un delito o falta, lo es también civilmente, si del hecho se derivan daños o perjuicios, ya sean estos de carácter moral o material", en tal sentido, para ser responsable civilmente, debe primero concurrir responsabilidad penal, y por supuesto un daño que reparar a consecuencia de esa conducta culpablemente cometida, a contrario, sino concurre responsabilidad penal -por regla general- no corresponderá responsabilidad civil.

Número 9. Para el caso en concreto, debido a que nos encontramos ante un procedimiento especial, es necesario referirnos al artículo 44 del Código Procesal Penal, el cual expone: "En los delitos de acción privada podrá ejercitarse la acción civil conjuntamente con la penal, o sólo aquella en la jurisdicción civil o mercantil. En el último caso la acción penal se tendrá por renunciada." Como lo expresa este precepto penal, en el procedimiento especial de acción privada puede ejercitarse la acción civil junto a la acción penal, como se realizó al presentar la acusación en el caso de autos, al exponer el ejercicio de la acción civil y solicitar como monto de la responsabilidad civil la cantidad de […].

Número 10. Como se ha dicho con anterioridad, en el presente caso antes de la realización de la audiencia de aportación de pruebas, se dictó un sobreseimiento definitivo a favor del acusado, con fundamento en la prescripción de la acción penal iniciada en su contra; sin embargo, se ha verificado, que la parte acusadora, ejerció conjuntamente la acción penal y civil, en su libelo acusatorio, por lo que es necesario tomar en cuenta lo establecido en el artículo 45 del Código Procesal Penal, el cual se refiere a la extinción de la acción civil y dice: "La acción civil ce extingue... 2) Por sobreseimiento definitivo, salvo que se pronuncie por alguna de las siguientes causas:...e) Prescripción..."; de igual manera, es importante lo regulado en el artículo 46 del mismo cuerpo legal, el cual dispone: "Cuando proceda el sobreseimiento y se trate de los casos a que se refiere el número 2 del artículo anterior, el juez antes de proceder al correspondiente auto se pronunciará sobre la responsabilidad civil de conformidad a la prueba aportada".

Número 11. Se puede apreciar que esta es una de las excepciones a la regla general, expuesta en el considerando 8 de esta resolución, puesto que el legislador previó la posibilidad, que en el ámbito de la responsabilidad civil, aun no mediando responsabilidad penal, las personas pueden responder civilmente del delito acusado, pero del delito como injusto penal, no de un delito culpable, o inclusive del hecho que siendo típico se encuentra justificado para los participantes, pero tal procedencia de la no exención de responsabilidad civil, aunque no concurra la penal, es como se ha dicho por decisión del legislador que así lo tiene previsto expresamente.

Número 12. Debe indicarse que los casos de procedencia de extinción y determinación de la responsabilidad civil, previstos en artículo 45 y 46 del Có-

digo Procesal Penal, son excepcionales y deben adaptarse a lo extraordinario del dictado de la resolución pronunciada por un Juez, por ocurrencia del motivo previsto –prescripción sin que se llegue a la etapa de vista pública, para arribar a una sentencia de condena o de absolución, puesto que la causal de sobreseimiento que impide la persecución penal, impediría el pronunciamiento de la responsabilidad civil, sino fuera precisamente por la distinción que se hace en el número dos del artículo 45 del Código Procesal Penal, como se ha establecido con anterioridad.

Número 13. Significa, que conforme al sobreseimiento dictado por la Jueza Cuarto de Sentencia, estaba obligada a pronunciarse sobre la responsabilidad civil, sea absolviendo o condenando, según corresponda en atención a las pruebas existentes; de manera que aunque no exista una condena penal por el injusto acusado, procederá la reparación del daño. […]."

NECESARIO REALIZAR AUDIENCIA ESPECIAL, PREVIO A DECRETAR SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO, A EFECTO DE VALORAR MATERIAL PROBATORIO QUE PERMITA DIRIMIR LA RESPONSABILIDAD CIVIL

"Número 15. Lo establecido en el considerando anterior, nos lleva a colegir que previo a dictar un sobreseimiento definitivito, que nace por la prescripción de la acción penal, en un procedimiento especial de acción privada, se vuelve necesario que el juzgador, proceda a llevar a cabo una audiencia, en su caso la Audiencia Especial de Aportación de Pruebas, para decidir sobre la pertinencia de la prueba presentada por el ente acusador, y a su vez, verificar si la defensa técnica y material cuentan con prueba de descargo, que les permita contrarrestar la acusación y controvertir la propuesta por la parte acusadora, haciendo una valoración de su pertinencia, utilidad y legalidad.

Número 16. Al no haberse realizado una audiencia especial previa a proceder a dictar mediante auto el sobreseimiento definitivo, como lo exige el artículo 46 del Código Procesal Penal, en este caso, se han violentado el debido proceso y el derecho de defensa, pues, no basta con que se haya iniciado la acción civil junto a la penal, y se haya aportado prueba para acreditar la primera de las antes mencionadas por la parte acusadora, sino que es necesario, brindar a la parte acusada, la posibilidad de controvertir la prueba presentada para acreditar la responsabilidad civil.

Número 17. La responsabilidad civil, debe ser establecida conforme a la prueba aportada, por tanto, debe de existir una Audiencia Especial de Aportación de Pruebas, en la que se pueda dirimir la pertinencia, legalidad y utilidad, no solo de la prueba de cargo, sino también, de la prueba de descargo que corresponda al ámbito civil, debe existir la posibilidad para el acusado de aportar pruebas, aunque esto no suceda, pero debe respetarse este derecho; en tal sentido, el artículo 442 del Código Procesal Penal, en su inciso segundo establece: "… el tribunal convocará a una audiencia de aportación de pruebas, en la cual la acusación podrá ratificar la prueba ofrecida y adicionar otras; y la defensa podrá ofrecer la prueba que estime conveniente. El juez luego de escuchar a las partes sobre la procedencia de la admisión de la pruebas ofrecidas, admitirá y rechazará las mismas conforme a las regla previstas en este Código."

Número 18. El artículo 399 inciso segundo del Código Procesal Penal, establece también que, "Cuando la acción civil ha sido ejercida, la sentencia condenatoria fijará, conforme a la prueba producida, la reparación de los daños materiales, perjuicios causados, y costas procesales así como las personas obligadas a satisfacerlos y quién deberá percibirlos." Como se apreciar conforme a dicha disposición legal, para condenar a una persona a responsabilidad civil, el primer requisito es que la misma se haya ejercido, y además, que exista un elenco probatorio que acredite el perjuicio ocasionado por el acusado, al considerado ofendido, quiere decir entonces, que es necesario proceder a verificar y valorar cada uno de esos elementos de prueba, para tomar una decisión al respecto."

PROCEDE ANULAR CONDENA EN CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL, ANTE LA AUSENCIA DE OPORTUNIDAD DE CONTROVERTIR EL MATERIAL PROBATORIO DE CARGO APORTADO POR EL ENTE ACUSADOR

"Número 19. El debido proceso, es el conjunto de requisitos que se deben de observar en las diferentes instancias procesales, para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, en tal sentido, deben de cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial; por lo anterior, se requiere que durante la tramitación del proceso, el imputado pueda intervenir efectivamente en él, conocer y refutar la imputación que se hace en su contra, ofrecer pruebas de descargo, controlar la producción de estas y las de cargo, y alegar sobre su pertenencia, utilidad y legalidad, en plena igualdad con el acusador, en cualquier fase; o en su caso, optar por no hacerlo, sin que esa actitud pasiva pueda ser tomada como una presunción en su contra; pero en el caso que conocemos, no se ha brindado al acusado, ni a su defensa técnica, esta oportunidad de controvertir la prueba de cargo aportada por el ente acusador; además, se ha omitido su derecho de aportar prueba de descargo.

Número 20. Al omitirse esos requisitos procesales, por la Jueza Cuarto de Sentencia, también se transgredió el derecho de defensa del acusado, el cual es inviolable, pues este tiene la posibilidad de intervenir en todos los actos del procedimiento, asegurándole todas las garantías necesarias para su defensa, en este caso en particular, al no brindársele la oportunidad de ofertar prueba y controvertir la ya presentada por la parte acusadora, dicho derecho se ve afectado, pues no se respetaron principios como el de igualdad y contradicción de los que goza el acusado conforme al debido proceso. Con respecto a este punto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su artículo 14, que toda las personas son iguales antes los Tribunales y las Cortes de Justicia, y toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil; asimismo, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, establece en el artículo 8.2 garantías mínimas que, "por lo menos", deben ser aseguradas por los Estados a toda persona durante el proceso, en plena igualdad, en función de las exigencias

del debido proceso y entre ellas recoge, la concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y su derecho de defenderse personalmente o por medio de un abogado de su elección.

Número 21. En vista de lo anterior, se procederá a declarar con lugar el punto reclamado por el impetrante, debiendo anularse la condena en concepto de responsabilidad civil, respecto de los hechos declarados prescritos, por lo que es necesario convocar a las partes a audiencia especial conforme al Artículo 46 del Código Procesal Penal, en estricto apego a las reglas del debido proceso y el derecho de defensa del acusado; para que en dicha audiencia, se aporten las pruebas necesarias para deducir la responsabilidad civil del delito."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-24-SD-2019, fecha de la resolución: 08/02/2019

CUANDO ELEMENTOS DE PRUEBA REFERIDOS A LA MISMA NO PERMITAN ESTABLECER CON CERTEZA LOS MONTOS DE LAS CUESTIONES RECLAMADAS COMO CONSECUENCIAS DEL DELITO SE PUEDE DECLARAR EN ABSTRACTO

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

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

[...], doscientos sesenta millones setecientos treinta y dos mil ciento setenta y un dólares, con sesenta y cuatro centavos de dólar de los Estados Unidos de América ($260,732,171.64).

[...], quince millones de dólares de los Estados Unidos de América ($15,000,000.00).

[...], ocho millones trescientos ochenta y un mil ciento treinta dólares con treinta y nueve centavos de dólar ($8,381,130.30).

[...], Siete millones de dólares de los Estados Unidos de Norte América ($7,000,000.00).

[...], cinco millones de dólares de los Estados Unidos de Norte América ($5,000,000.00).

[...], tres millones de dólares de los Estados Unidos de Norte América ($3,000,000.00).

[...], ochocientos ochenta y seis mil seiscientos noventa y siete dólares con noventa y siete centavos de dólar de los Estados Unidos de América ($886,697.97).

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

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

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

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

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

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

En particular sobre el caso, señalan que "*habiéndose ejercido la acción civil y conforme* ***la prueba producida****, es en sentencia condenatoria que se fijara, la reparación de los daños materiales, perjuicios causados* […] *así como las personas obligadas a satisfacerlos y quien deberá percibirlos*" aduciendo que mediante prueba pericial de folios 236,701 – 236,940 y testimonios de peritos HEIM, VROA se ha determinado una condena civil para todos los imputados.

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

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

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

Citando el *Tratado de la Responsabilidad Civil – El derecho de Daño en la Actualidad I Félix A. Trigo Represas "[…] El Principio de Equidad, es un principio fundamental del derecho; es uno de los valores que consagra el ordenamiento jurídico por el cual dentro del marco de posibilidades interpretativas ofrecidas por la ley, el juzgador elige la que logra a su criterio mejor composición de interés en pugna; la equidad es una de las expresiones de las ideas de justicia y puesto que*

ésta en un ingrediente necesario del orden jurídico positivo, la equidad viene a formar parte de él…; los conceptos de equidad y de justicia se confunden hasta identificarse; lo equitativo es justo y lo justo es equitativo […]"

Drásticamente después hacen una breve reseña de un párrafo sobre los hechos investigados, señalando que los fondos fueron depositados en cuentas de empleados de casa presidencial para después ser trasladados a sociedades fundadas por el ex presidente [...], que la función del señor Herrera Castellanos sirvió para el desvió, pues él tenía firma autorizada para emitir cheques a los demás empleados de Casa Presidencial, concluyendo a condenar a los imputados por la cantidades previamente señaladas.

Por su parte, el voto disidente del Juez **José Luis Giammattei Castellanos** se basa en que:

La pericia financiera contable de folios 236,702 – 236,899 de pieza 1,184, junto con los anexos 236,900 – 236,940 de pieza 1,185 más ampliación de pericia de folios 309,496 – 309,558 de pieza 1,548, consta en el romano III bajo el epígrafe de "Limitaciones Asociadas con el Trabajo Realizado" que existieron limitantes, como no contar con toda la evidencia, no pudiendo concluir en algunos puntos de pericia, destacando el Juez Presidente del Tribunal que **no se individualizan cifras o montos por los cuales fueron condenados los imputados:** [...] agrega que *"[…] no se ve reflejada las cantidades en las cuales se detalla la condena Civil para cada uno de los coimputados y es por esta razón que se determina la necesidad de ultimar este punto de individualizar responsabilidad concreta a cada uno de ellos*".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

TIPOS DE DECLARATORIAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

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

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

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

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

"[R]*esulta oportuno acotar que este Tribunal ha sostenido que los jueces de instancia están facultados para emitir condenas civiles en abstracto, pero que lo han de hacer de manera excepcional, cuando no se cuente con los elementos probatorios necesarios y concretos para determinar la cuantía del monto, por los daños ocasionados por el ilícito, dejando expedito el derecho de la víctima a reclamar la misma ante la instancia correspondiente*" (Casación 157-C-2017, del veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete).

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

En la determinación de la modalidad concreta, debe necesariamente haber actividad probatoria que demuestre la cuantía del daño generado, pues será la

base mediante la cual se construya el *quantum* que se imponga, ello exige que previo a fijar una cantidad, debe existir como mínimo en ejercicio argumentativo que pueda ilustrar la forma de su composición, siendo en algunos casos difícil poder delimitar de forma precisa y exacta el monto.

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

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

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

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

INCUMPLIMIENTO DE LA MOTIVACIÓN HABILITA LA APELACIÓN

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

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

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

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

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

En *tercer lugar*, que se muestre **insuficiente** la exposición judicial, comprendiéndose incluidos en este vicio dos aspectos: Uno, que el Sentenciador no consigne de forma *completa*, *íntegra* o con la *entereza* suficiente sus argumen-

tos en que se basa el proveído; Dos, que en la exposición se utilicen: "*formularios*", "*afirmaciones dogmáticas*", "*frases rutinarias*" o se consigne solamente *el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales.*

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

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

Es decir, previo al fallo, el Tribunal fijó una cantidad superior como monto del daño causado, sin embargo al precisar en la parte dispositiva de la sentencia de la suma de las penas pecuniarias de todos los imputados, la cantidad global es trescientos millones de dólares $300,000,000.00, por ello señalan a esta Cámara que revoque la sentencia devenida en apelación e imponga las cifras que corresponda agregando la cantidad de trescientos cuarenta y siete con ciento diecisiete dólares y diecisiete centavos ($*347.117.17)* que corresponde a cada procesado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ANTE AUSENCIA DE INDIVIDUALIZACIÓN RESPECTO AL MONTO PARTICULAR QUE CADA IMPUTADO DEBE PAGAR, DEBE SER LA JURISDICCIÓN CIVIL QUIEN LA DETERMINE

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

"[N]*o fue posible el analizar y dar respuesta a la totalidad de los puntos periciales, por lo cual nuestro informe solamente contempló la ampliación y aclaración de los puntos de pericia expuestos por la Representación Fiscal del Ministe-*

rio Público, ampliación del dictamen del peritaje contable financiero presentado, opinando en su totalidad los puntos de pericia que fueron propuestos por los abogados [...] y [...] y ampliación del dictamen del peritaje contable financiero presentado, opinando en su totalidad sobre los puntos de pericia que fueron propuestos por los abogados defensores de los señores [...], ***no siendo posible por falta de tiempo opinar sobre los puntos de pericia propuestos por los abogados defensores de los señores [...]***".

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

A ello se suma, la responsabilidad civil de los empleados de casa presidencial, como cómplices necesarios fijándolos así: [...], siete millones de dólares de los Estados Unidos de Norte América ($7,000,000.00), [...], cinco millones de dólares de los Estados Unidos de Norte América ($5,000,000.00); [...], tres millones de dólares de los Estados Unidos de Norte América (3,000,000.00).

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

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

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

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

POR NO CONTARSE CON DETALLE EN QUÉ FUERON UTILIZADOS LOS FONDOS PÚBLICOS, CORRESPONDE LA LIQUIDACIÓN DE LA CUANTÍA A LOS JUZGADOS CON COMPETENCIA CIVIL

"...Este Tribunal estima que el voto disidente del Presidente del Tribunal, ha sido acorde a la normativa procesal, ya que de los elementos de prueba recaba-

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

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

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

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

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

De igual forma, del estudio de la pericia contable –como única prueba relacionada- se destaca que dentro del monto de responsabilidad civil condenado se encuentra una amplia lista de personas jurídicas y naturales que recibieron fondos estatales sin especificar si estos fueron como pago de prestación de servicios o beneficio personal, a ese efecto puede verse el punto de pericia 19 (folio 236,808-236,819), punto de pericia 20 (236,819-236,823), folio 236,882, punto de pericia 27 (folio 236,892-236,896) entre otros puntos que se encuentran en las piezas 1,184-1,185, donde se refleja un catálogo amplio de personas, como destinatarios finales, fuera de los acusados en el presente proceso, puntos que deben tomarse en cuenta a efectos del análisis del monto de la responsabilidad civil.

Recapitulando los anteriores señalamientos, para esta Sede, al verificar los elementos de prueba que obran en el proceso, es acogible el argumento de los defensores particulares, por ser factible la imposición de la responsabilidad civil, sin embargo, que este sea declarada en **abstracto** por no tener certeza del

monto exacto por el que deben responder los imputado sometidos al proceso penal [...].

Como se advirtió previamente, la limitación de la pericia afecto los puntos sometidos de los defensores de los imputados [...], ello conllevó el no determinar de forma precisa el monto que fue sustraído por ambos imputados.

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

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

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

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

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

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

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

D. Para finalizar el estudio de la responsabilidad civil y al no poderse cuantificar el monto en que deben responder los imputados [...], además, por efecto extensivo art. 456 CPP a [...], a quienes deberá de modificarse en la parte dis-

positiva de esta sentencia, la sanción de concreto a abstracto de conformidad al art. 399 CPP inc. 3 correspondiendo *la liquidación de la cuantía* a los Juzgados con competencia civil, desestimándose el motivo de la acusación pública, por no poderse determinar el monto exacto por el que deben responder los imputados...". *Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: APL-30-2019, fecha de la resolución: 05/07/2019*

ES POSIBLE QUE A PESAR DE EXTINGUIRSE LA RESPONSABILIDAD PENAL ÉSTA SUBSISTA

"...5. Después de todo lo anterior, es importante recordar que, de toda conducta ilícita, se desprenden dos tipos de responsabilidades, la primera es la relativa a la **responsabilidad penal** (discutida anteriormente); mientas que la segunda es la concerniente a la **responsabilidad civil**, la cual abarcará las siguientes líneas de análisis.

La responsabilidad civil, si bien es cierto se origina de un mismo hecho, a la misma se le da un tratamiento diferente, pues aún y cuando es normal que, al declararse penalmente responsable alguna persona, se le pueda condenar por la responsabilidad civil; también es posible que al extinguirse la responsabilidad penal (lo que implica que se trata de una respuesta diferente a la absolución), la responsabilidad civil también subsista...".

EXISTE UN DEBER DE PRONUNCIARSE SOBRE LA MISMA A PESAR DE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

"... Ello implica que debe haber un pronunciamiento sobre la misma, aún y cuando se haya declarado extinta la responsabilidad penal, de conformidad al art. 45 No. 2 CPP. Es por ello que se debe hacer mención que la responsabilidad civil, como consecuencia del hecho punible, se ha plasmado en el Código Penal, específicamente en el artículo 114, mismo que dice:

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

La misma normativa declara quienes son los responsables civilmente de forma directa, estableciendo que aquella persona que **ha sido declarada responsable penalmente,** es la que debe responder civilmente. Sin embargo, vale la pena destacar que en algunos casos no siempre podrá condenarse al pago o restitución civil únicamente a las personas vinculadas de forma directa en la comisión del hecho delictivo atribuido, sino que podría abarcar incluso a personas a las que no se les ha acusado de la comisión de ninguna conducta delictiva; y también a personas jurídicas...".

SI BIEN EXISTE IMPOSIBILIDAD LEGAL PARA DECLARAR A UNA PERSONA JURÍDICA COMO RESPONSABLE PENALMENTE, SI PUEDE DETERMINARSE SU RESPONSABILIDAD CIVIL A FIN DE RESARCIR EL DAÑO CIVIL OCASIONADO

"... Dentro de la dogmática penal, tal como lo describe el Código Penal de El Salvador, existen dos formas de cumplir con la responsabilidad civil, siendo

la primera de ellas, la responsabilidad civil solidaria, que implica que cuando existan diversos autores o participes de uno o varios delitos, ellos serán quienes tendrán que responder respecto de la responsabilidad civil de forma solidaria, es decir que la reparación pecuniaria se dividirá en partes iguales a cada uno de las personas expresadas.

Y, en segundo lugar, se encuentra la responsabilidad civil subsidiaria, misma que consigan que dicha obligación no será exigible únicamente a los autores y participes de un delito, sino que la misma podrá abarcar a otras personas que se encontrarán obligadas en igual medida que el responsable principal. En ese sentido, la responsabilidad civil subsidiaria puede ser de dos tipos:

a) Común

b) Especial

La primera de ellas, se refleja en lo expresado en el artículo 120 CP, que expone:

"La responsabilidad civil subsidiaria es común, cuando el que responde por los daños y perjuicios provenientes del hecho punible cometido por el inculpado, es una persona natural.

Responden civilmente las personas naturales dueñas de empresas o establecimientos en que se cometió un hecho punible por parte de sus administradores, dependientes o cualquier trabajador a su servicio o cuando el hecho suceda fuera de él, pero en razón de una actividad laboral.

El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado al resarcimiento hasta la cuantía de su participación".

Mientras que la especial se manifiesta en lo regulado en el artículo 121 CP, que dice literalmente lo siguiente:

"La responsabilidad civil subsidiaria es especial, cuando el que responde por los daños y perjuicios provenientes del hecho punible cometido por el imputado, es una persona jurídica, o, en su caso, se trate del Estado o cualquiera de sus entes autónomos.

En el primer caso, resultan obligados subsidiariamente:

1) Las personas jurídicas dueñas de empresas o establecimientos en que se cometió un hecho punible por parte de sus administradores, dependientes o cualquier trabajador a su servicio o cuando el hecho se suceda fuera de él, pero en razón de una actividad laboral;

2) Las personas jurídicas cuyos gerentes, administradores o personeros legales, resulten responsables de los hechos punibles; y,

3) Los que señalen las leyes especiales.

En el segundo caso, resulta obligado subsidiariamente el Estado, por los daños y perjuicios derivados de los hechos punibles cometidos por sus funcionarios o empleados con motivo del desempeño de sus cargos; de igual manera responderán las instituciones públicas autónomas y las municipalidades cuando así expresamente lo ordene la ley" (Resaltado y subrayado suplido).

Ante ello, es necesario mencionar que en la conducta delictiva que se les atribuye a los señores **[...],** ha quedado en evidencia que los fondos que se consideran han sido susceptibles de lavado de dinero, se transfirieron a las siguientes cuentas número:

1. **********3200 de Alianza Republicana Nacionalista (ARENA), cuenta especial del COENA.

2. **********5895 del Centro de Estudios Políticos Dr. "José Antonio Rodríguez Porth"

Se ha mencionado que, de dichas cuentas, luego de haber depositado en las mismas, el dinero proveniente de la cuenta **********4546, a nombre de Embassy of Republic of China San Salvador, del International Comercial Bank of China, se utilizaron para la transferencia de dinero para diversos gastos a nombre del partido político en mención.

Vale aclarar que el instituto político al que se ha venido haciendo referencia, de acuerdo a la Ley de Partidos Políticos, goza de características propias de toda empresa, pues a partir de la definición de dicha ley, *"los partidos políticos son asociaciones voluntarias de ciudadanas y ciudadanos que se constituyen en* ***personas jurídicas*** *con el fin de participar y ejercer el poder político dentro del marco constitucional vigente. Su finalidad es participar lícita y democráticamente en los asuntos públicos y de gobierno, como instituciones fundamentales del pluralismo del sistema político, concurriendo en los procesos electorales previstos en la Constitución"*.

De esa forma ha quedado establecido que el partido político en cuestión fue utilizado para llevar a cabo las conductas delictivas que se les atribuyen a los procesados, y además se benefició económicamente de las sumas de dinero que se introdujeron en sus cuentas; por lo que es posible constituir en el mismo la calidad de responsable civil, pues se trata de una persona jurídica cuyos encargados llevaron a cabo conductas delictivas para favorecerse personalmente y que resultó en el beneficio de la persona jurídica.

Vale la pena mencionar que, si bien es cierto la legislación penal actual regula la posibilidad de que una persona jurídica pueda ser considerada como sujeta a derechos y obligaciones, no se establece que la misma pueda ser responsable penalmente; sin embargo, ello no es óbice para omitir la tendencia actual a nivel mundial, en donde dicha posibilidad es latente, de acuerdo a los parámetros jurídicos actuales. De esa forma es tratado por Miguel Ontiveros Alonso, en su artículo *"La responsabilidad penal de las personas jurídicas en México",* compilado en el libro *"La responsabilidad penal de las personas jurídicas",* editorial Tirant lo Blanch tratados, Valencia, España; Año 2014, página 340; en donde dijo:

"[las] *personas jurídicas gozan de derechos y obligaciones. En otras palabras, que <actúan> en el tráfico jurídico, contratan, compran, enajenan, pero también defraudan y corrompen a servidores públicos. Alorada en su justa dimensión, esta argumentación ha sido utilizada, conjuntamente con otros factores, para advertir que las personas jurídicas tienen capacidad de acción, por lo que estarían en condiciones de realizar un injusto penal".*

Si bien es cierto, la doctrina relacionada, se compone de aspectos eminentemente penales, la misma es coincidente con factores de civiles y de reparación pecuniaria, pues si es posible que una empresa, por su actividad comercial y trascendencia en el tráfico jurídico, pueda cometer algún ilícito de índole penal, la misma abarca el aspecto civil de sus actuaciones.

Entonces, es posible verificar que la responsabilidad civil podría ser exigible a una empresa (que en el presente caso se manifiesta como instituto político), en

razón del uso de la misma, pero sobre todo del beneficio económico que significó el traspaso del dinero en cuestión, mismo que como se ha constatado, sería utilizado para los siguientes proyectos:

1) Construcción de carreteras de zona este.
2) Proyectos de botes salvavidas del Ministerio de Defensa.
3) Proyecto de nuevo edificio del Ministerio de Relaciones Exteriores.
4) Parque conmemorativo de terremoto en las colinas.
5) Proyecto de reconstrucción después de desastres naturales.
6) Mitigación de áreas de alto riesgo.
7) Infraestructura básica y combate a la pobreza.
8) Pequeños proyectos para el desarrollo económico y social.
9) Viviendas permanentes para afectados de terremotos.

De cada uno de los proyectos relacionados, se ha expuesto que los señalados con los números 2, 4, 5, 6, 7, 8 y 9; no ingresaron a las arcas de la Secretaría Técnica de Financiamiento Externo (SETEFE), ni se cuenta con registro de ellas en las instituciones correspondientes al rubro de cada destino; sino que, su registro coincide con los traslados en las cuentas relacionadas previamente.

Analizado lo anterior, se verifica que en el presente caso, si bien es cierto la responsabilidad penal de los señores [...], se ha declarado extinta por haber prescrito la posibilidad de ejercer la misma por parte del Ministerio Público Fiscal, lo concerniente a la responsabilidad civil subsiste, pues el artículo 125 CP, expone que:

"La extinción de la responsabilidad penal ***no lleva consigo*** *la extinción de la civil, la cual se rige por las leyes civiles"* (Resaltado suplido).

Tomando como base la disposición relacionada anteriormente, se concluye que aun y cuando no sea posible condenar penalmente en el presente caso, se debe continuar buscando el resarcimiento civil del daño ocasionado por las conductas que se les atribuye a los imputados, tanto por los señores Gerardo Antonio Balzaretti Kriete, Elías Antonio Saca González, Juan Tennant Wright Castro, como por el señor José Mauricio Felipe Samayoa, quien a pesar de haber sido sobreseído definitivamente por haber fallecido previo al inicio del proceso.

DEBE SEÑALARSE UNA AUDIENCIA ESPECIAL CON LA FINALIDAD DE BRINDAR LA OPORTUNIDAD DE DEFENDERSE AL PARTIDO POLÍTICO Y EVITAR SU INDEFENSIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

"... Como punto medular del presente pronunciamiento, este Tribunal de Apelaciones colige que al subsistir la responsabilidad civil para las personas relacionadas previamente; y estableciéndose además que, la misma abarca al Instituto político Alianza Republicana Nacionalista (ARENA) como persona jurídica en los términos expresados anteriormente, no obstante el sobreseimiento definitivo dictado en relación a la responsabilidad penal, debe ordenarse al Juzgado Segundo de Instrucción de San Salvador, a que instale audiencia especial, en la que se discuta sobre la subsistencia y declaratoria de la responsabilidad civil, tanto de los implicados en el delito, como del partido político ARENA, para lo cual debe citarse al mismo.

Dicha orden surge en razón que Alianza Republicana Nacionalista (ARENA) no puede ser sorprendido con una eventual condena, siendo necesario velar por que no quede en estado de indefensión en el presente proceso, buscando que brinde su postura al respecto y que, en caso de aplicarse una sanción en su contra, no sea sorprendido por ello, y que pueda utilizar los mecanismos legales ante cualquier eventual fallo.

Como conclusión de lo anterior, se deberá citar a los procesados en el presente caso y sus representantes; así como a las personas que lleven a cabo la dirección del instituto político en referencia, quienes tendrán que presentarse con credenciales que los acrediten como directivos o representantes legales de dicho partido, ya sea de forma permanente o interina, en otras palabras, de forma provisional...".

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 96-2019-5, fecha de la resolución: 05/07/2019

EXISTE ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE PRECEPTO LEGAL, POR FALTA DE MOTIVACIÓN EXPRESA, CLARA, COMPLETA, LEGÍTIMA Y LÓGICA QUE PERMITA COMPRENDER EL NO PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LA ACCIÓN CIVIL

"i. La crítica del recurrente se finca en la inobservancia del art. 46 CPP, en razón que la juez de instancia obvio realizar un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil –condenado u absolviendo – al respecto dijo:

"El juez Décimo cuarto de Paz de San Salvador, incurrió en interpretación errónea de preceptos legales, en la resolución que antes ha sido señalada, al no plasmar en su resolución una motivación expresa, clara, completa, legitima y lógica que permita comprender por qué decidió no pronunciarse en cuanto a la acción civil solicitada. [...]".

Por su parte el juez A-quo se limitó a referir:

"DECRETESE SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO, según el Art. 31) Nº I y 350,, inc.2 Pr. Pn., a favor de la imputada […] por atribuírsele" el delito de ESTAFA AGRAVADA bajo la modalidad de delito continuado, previsto y sancionado en el artículo 215 en relación con el 216 N° 2, 42 72 del Código Penal, en perjuicio de la FE PUBLICA, todos estos hechos en perjuicio de manera subsidiaria de la SOCIEDAD […], la cual es representada legalmente por el señor […], ahora bien en cuanto a la responsabilidad civil este se a lo consignado en el Art. 45 Inciso 2° literal "C" del código Procesal Penal.

En cuanto a la responsabilidad civil, este a lo presupuestado en el Art. 45 numeral 2 literal c) del Código Procesal Penal. [...]".

1 El juez de instancia extinguió la responsabilidad penal de la acusada […], en aplicación del art. 31 No. 1 CPP, que dice:

"La acción penal se extinguirá por los motivos siguientes: [...] 1) Muerte del imputado".

a) La acción penal tiene por finalidad la imposición de una pena al acusado, la cual puede ir desde la aplicación de una sanción de tipo pecuniaria hasta la privación de libertad, delimitadas a partir de la entidad del delito cometido, sin embargo, la muerte del imputado evita dicha posibilidad.

No obstante lo anterior, el legislador en el proceso penal se ha decantado por una concepción dualista del ejercicio de la acción (art. 42 y 43 CPP), así el procesamiento penal no lleva únicamente como finalidad una respuesta punitiva, sino, conlleva además, una función restaurativa: devolver al afectado a la misma situación en que se encontraba previo al delito.

Así, el inicio de la acción penal, por antonomasia conlleva el ejercicio de la acción civil.

b) Hemos afirmado que el proceso penal implica tanto el ejercicio de la acción penal como la civil.

Acción civil que, en la jurisdicción penal, tiene un origen determinado: el hecho punible, es decir, su fuente es una infracción de carácter penal, ello lo informa el Titulo VI del Libro Primero del Código Penal, que atiende a las "Consecuencias civiles del hecho punible", específicamente el art. 114 CP, determina:

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

Al ser la existencia del delito el cimiento que justifica el carácter restituido de la responsabilidad civil, al no conservarse el primero la segunda por regla general pierde vigencia; empero lo anterior, el legislador en ciertos supuestos ha elegido mantener la responsabilidad civil intacta.

Dicha decisión, está justificada en el derecho de las víctimas a ser reparadas, lo que comprende una restauración integral, sea esta económica, simbólica o material (Sentencia definitiva del proceso de Inconstitucionalidad 62-2012, de las catorce horas y treinta minutos del día diecisiete de julio de dos mil quince).

Acentuando lo dicho, los casos de extinción de la acción civil han sido acotados por el legislador en el art. 45 CPP, señalando el numeral 2° lit. e CPP:

"La acción civil se extingue: [...] 2) Por sobreseimiento, salvo que se pronuncie por alguna de las siguientes causas: c) muerte del procesado" […].

En la precitada disposición, el legislador ha enlistado los casos en los que se agota la posibilidad de restitución por la responsabilidad civil, pero, el numeral segundo prevé casos en los cuales, a pesar de la extinción de la persecución penal, la acción civil mantiene eficacia."

ANTE LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR MUERTE DEL IMPUTADO, LA ACCIÓN CIVIL QUEDA VIGENTE, SIENDO OBLIGATORIO PARA EL JUZGADOR PRONUNCIARSE AL RESPECTO

"En cuanto a la muerte del imputado, se indicó supra que dicha restricción es una sanción a la inactividad del ente persecutor del delito, la cual el legislador ha considerado no debe ser extrapolada a las víctimas, evitando así que los posibles afectados deban acudir a otras jurisdicciones para recibir protección estatal.

Así, ante la extinción de la acción penal por muerte del imputado, la acción civil queda vigente, debiendo el juzgador pronunciarse de manera obligatoria respecto de la misma, sobre ello el art. 46 CPP, dice:

"Cuando proceda el sobreseimiento, y se trate de los casos a que se refiere el número 2 del artículo anterior, el juez antes de proceder al correspondiente auto se pronunciará sobre la responsabilidad civil, de conformidad a la prueba aportada" […].

El juzgador una vez verifique que la acción penal no puede proseguir, debiendo sobreseer a favor del imputado el procedimiento, si la causa que impide la continuación de la pretensión punitiva es de las señaladas en el número 2 del art. 45 CPP, el juez debe emitir un pronunciamiento definitivo sobre la responsabilidad civil (art. 353 No. 4 CPP).

La decisión sobre la responsabilidad civil, deberá ser tomada por el juzgador a partir de los elementos de convicción agregados a la carpeta judicial (art. 174 rel. 46 CPP), pudiendo emitir una condena, o si a criterio del juzgador no existe un daño que genere obligación civil deberá absolver al inculpado.

En los casos en que a partir de las piezas de convencimiento no pueda ser determinada la cuantía a la cual asciende el daño provocado, el juzgador deberá, en aplicación del art. 399 CPP, emitir una condena en abstracto para así garantizar la posibilidad de reclamo en la vía civil."

OBLIGACIÓN DEL JUZGADOR PRONUNCIARSE RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL VINCULADA AL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO EMITIDO

"iii. El juez Décimo Cuarto de Paz de esta ciudad sobreseyó a la acusada […] por muerte del imputado, sobre lo cual dijo:

" [...] concluye el Suscrito Juez interino que la acción ya se extinguió, por la muerte de la incoada, Dicho lo anterior concluye el Suscrito Juez interino que la acción sobre el hecho ya NO TIENE RAZON DE SER; ya que la persona a la que se le atribuye la acción penal, bajo la casual prescrita en el Art. 31 Nº 1) Pr. Pn, debido a que se ha establecido por medio de la Certificación Extendida por el Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de Santa Ana(...). - por lo que se comparte el fundamento fiscal, por lo que procedente el Sobreseimiento Definitivo, a favor de la procesada occiso […].".

Como se expuso supra ii. b, cuando existe un pronunciamiento de sobreseimiento definitivo y el motivo del mismo se encuentra entre los casos detallados en el art. 45 No. 2 CPP, como en el caso sub examine, previo a la extinción de la responsabilidad penal, por ministerio de ley, el juez está en la obligación de resolver la responsabilidad civil derivada del delito, sea absolviendo o condenando, esto último si de las pruebas agregadas al proceso es posible determinar la cuantía de la misma o en caso contrario emitir una condena en abstracto.

Se debe indicar que opuesto de lo realizado por el juez A-quo, no puede obviarse el pronunciamiento, dejando expedito el derecho a perseguir civilmente a la imputada, así, debe emitirse un fallo sobre la responsabilidad civil, y en caso de que los medios de prueba ofertados no permitan establecer con certeza un monto, el juzgadora puede declarar la responsabilidad civil en abstracto (art. 399 párrafo 3 CPP).

Acorde a lo anterior, le asiste la razón al apelante, en razón que la juez de instancia obvió realizar un pronunciamiento definitivo - condenando o absolviendo - respecto de la responsabilidad civil derivada, como consecuencia se deberá ordenar al juez Décimo Cuarto de Paz, como mandato originado del art. 46 CPP, se pronuncie de la responsabilidad civil vinculada al sobreseimiento definitivo emitido a favor de […].

Siendo así es de tener en cuenta para la representación fiscal y la parte querellante que deben indicar los nombres de las personas en las que puede recaer la responsabilidad civil, las cuales se citara en la audiencia especial, para efectos que ejerza los derechos de defensa de la misma."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 137-139-2019AC, fecha de la resolución: 24/05/2019

FIJACIÓN DEL MONTO DE LA CONDENA EN RESPONSABILIDAD CIVIL DEBE SER DEBIDAMENTE FUNDAMENTADA EN BASE A PRUEBA PERTINENTE Y ÚTIL DESFILADA DURANTE EL JUICIO

"6. Inobservancia al artículo 144 CPP, por existir falta de fundamentación, específicamente en relación a la condena por responsabilidad civil.

Sobre este motivo de apelación, el defensor […], quien representa los intereses del señor […], ha expuesto que no ha existido ningún fundamento del que se derive las razones por las que se condenó al procesado a pagar la cantidad de dos mil dólares de los Estados Unidos de América, en concepto de responsabilidad civil, ya que no se ha relacionado ningún elemento de prueba en los que se base la determinación de la afectación psicológica, por lo que carece de cualquier respaldo documental que permita establecer la determinación del monto condenado como responsabilidad civil.

Ante dicha cuestión, es importante resaltar, de manera breve, lo que se debe resaltar por cada operador de justicia, para cumplir con el deber de fundamentación (i), para luego señalar específicamente el pronunciamiento de la Jueza sobre dicho aspecto (ii); y así, concluir si se ha observado adecuadamente con dicho deber o no (iii).

i. El deber de motivación constituye una de las exigencias judiciales más relevantes dentro de cualquier proceso constitucionalmente constituido, pues de ahí se desprenden las razones por la que la autoridad judicial ha decido resolver un caso de una forma específica.

Sobre ello la Sala de lo Constitucional 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 de marzo de 2010].

El deber de motivación aludido, en el contexto penal se encuentra contenido en el artículo 144 CPP que literalmente regula:

"Es obligación del juez o tribunal fundamentar las sentencias, los autos y aquellas providencias que lo ameriten. Igual obligación tendrán cuando tomen sus decisiones en audiencia.

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 simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no sustituirán en ningún caso a la fundamentación.

La falta de fundamentación producirá la nulidad de las decisiones:

Esa disposición impone al Juzgador la obligación de expresar, en todas sus resoluciones, los motivos en que sustenta su decisión, sancionando con nulidad cualquier resolución judicial que no esté debidamente fundamentada, siendo además uno de los vicios de la sentencia que habilita la apelación de conformidad a lo establecido en el artículo 400 numeral 4° CPP.

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 las resolución dictada.

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.

Con la finalidad de presentar una sentencia mínimamente motivada, ésta debe contener imperativamente ciertos apartados, como son la motivación probatoria, jurídica y fáctica.

Además de lo anterior, es necesario que la motivación judicial se encuentre dotada de una estructura lógica y suficiente, que permita dirigir al receptor de justicia sobre un camino adecuado que explique las razones de la decisión.

Ahora bien, se observa que al tornar como base las ideas que anteceden; cuando el agravio al que se hace referencia es la falta de fundamentación, si se concluye que, en efecto, el mismo existe en la decisión emitida, se deja carente de sustentación el edificio analítico construido por el Tribunal A Quo, siendo procedente la anulación de la decisión para que el mismo Juez fundamente de manera correcta la decisión.

En lo relativo a la presente que, que se limita a la condena de la responsabilidad civil, debe hacerse referencia a lo regulado en el artículo 399 inciso 2° CPP, que dice:

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

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, 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.

De ahí que la fijación del monto de la condena en el aspecto civil se hará sobre la base de la prueba producida en el juicio, la cual debe versar sobre los gastos en los que incurrió la víctima, pues es la prueba pertinente y útil para la pretensión civil, misma que debe ser retomada por el Juez al momento de pronunciarse sobre la misma. Se aclara que no se trata de la prueba para el establecimiento de la responsabilidad penal. Así, el artículo 356 CPP, que regula los requisitos de la acusación, en el numeral 5°, exige el "Ofrecimiento de prueba, tanto en el orden penal como en el civil para incorporar en la vista pública" […]."

PROCEDE ANULAR CONDENA EN RESPONSABILIDAD CIVIL, ANTE INEXISTENCIA DE MATERIAL PROBATORIO QUE PERMITA DETERMINAR SU CUANTÍA

"ii. Verificado lo anterior, se resalta que la operadora de justicia, al momento de establecer lo relativo a la responsabilidad civil, ha expuesto lo siguiente:

"Tomando en cuenta que de conformidad al Artículo 181 de la Constitución de la República, que expresa que la Administración de Justicia es gratuita, es procedente absolver a la parte perdidosa de las costas procesales; habiéndose determinado la afectación psicológica sufrida por la víctima por el delito de Violación, este Tribunal estima procedente CONDENAR al imputado […] a pagar la cantidad de DOS MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA a la víctima […] en concepto de Responsabilidad Civil por este delito[...]"

iii. Lo expresa anteriormente, constituye la única motivación por parte de la Jueza para la imposición de la responsabilidad, misma que asciende a los dos mil dólares de los Estados Unidos de América, sin embargo, dicha imposición se ha realizado con el único argumento que se ha determinado la afectación del daño psicológico de la víctima.

Es decir, no se ha llevado a cabo ningún tipo de relación a documentos que acrediten la existencia de algún gasto que haya sido asumido para el tratamiento psicológico de la personal.

En otras palabras, se advierte que ha existido una condena en concepto de responsabilidad civil, sin haber relacionado ningún tipo de prueba de la que sea posible llevar a cabo la determinación de la cantidad de dinero por la que se impuso la condena al señor […].

Bajo esa perspectiva, este Tribunal de Apelaciones estima conveniente admitir la queja expuesta por el licenciado […], por lo que será procedente anular únicamente lo relativo a la responsabilidad civil en contra del señor […], siendo necesario que el Tribunal que llevó a cabo el juicio es decir el Tribunal Segundo de Sentencia de la ciudad de San Salvador, para que complemente la fundamentación y expliqué las razones de la imposición de dicha responsabilidad civil."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 25-2019, fecha de la resolución: 21/05/2019

FIJACIÓN DEL MONTO SERÁ SOBRE LA BASE DE LA PRUEBA PRODUCIDA, SIEMPRE QUE SEA PERTINENTE Y ÚTIL A LA PRETENSIÓN CIVIL

"b) En lo que concierne a la fijación del monto de responsabilidad civil, debe hacerse referencia a lo regulado en el art. 399 inciso 2 CPP:

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

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, 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.

De ahí que la fijación del monto de la condena en el aspecto civil se hará sobre la base de la PRUEBA PRODUCIDA. Y esta debe ser pertinente y útil a la pretensión civil. No se trata de la misma prueba para el establecimiento de la responsabilidad penal. Así, el art. 356 CPP, que regula los requisitos de la acusación, en el número 5, exige el "Ofrecimiento de prueba, tanto en el orden penal como en el civil para incorporar en la vista pública" (resaltado y subrayado es de este tribunal).

Aunado a lo anterior el art. 114 CP, dispone:

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

De conformidad con lo regulado en el artículo 115 CPP, 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."

PROCEDE ANULAR CONDENA EN RESPONSABILIDAD CIVIL CUANDO LA FUNDAMENTACIÓN ADOLECE DE COHERENCIA Y PROPORCIONALIDAD

"c) En el presente caso, se ha venido alegando que existe fundamentación insuficiente en cuanto a la deducción de la responsabilidad civil que ha surgido en la investigación del ilícito de lesiones culposas, por lo ello se vuelve necesario identificar la forma en la cual el operador de justicia ha justificado dicha decisión, para ello, se resalta que bajo el epígrafe "Responsabilidad civil y costas procesales", afirmó lo siguiente:

"Habiéndose encontrado culpable al procesado […] por el delito calificado definitivamente como LESIONES CULPOSAS […] este Juzgador es del criterio de condenar al acusado a pagar la cantidad de TRESCIENTOS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA A FAVOR DE CADA UNA DE LAS VICTIMAS, en concepto de responsabilidad civil, que deberán percibí dichas víctimas, pues se ha determinado en forma fehaciente que las víctimas sufrieron lesiones y que han dejado secuelas permanentes; las cuales tardarán de treinta días en sanar; que les provocaron incapacidad para sus labores ordinarias – de acuerdo a la prueba pericial destilada en juicio –; que son responsabilidad del acusado, ya que se derivan directamente del delito que él cometió.

Debe tenerse en cuenta que el señor […], Que dichas víctimas han manifestado que esas lesiones han provocado disminución en su movilidad, debido a dolores que aun padecen, por lo que no pueden realizar las labores que ejercían antes del accidente, debido a tales impedimentos ocasionados por las lesiones, por lo que es razonable condenar en este concepto a favor de las víctimas." (Sic. Transcripción literal, con errores ortográficos del original).

Dichas afirmaciones son las que constituyen los argumentos para la imposición de la responsabilidad civil en términos específicos, por lo que es importante verificar si existe observancia al deber de fundamentación al que se ha venido haciendo referencia a lo largo de esta resolución.

d) De lo anterior, se ha observado que el licenciado […], en su calidad Juez del Tribunal Quinto de Sentencia de esta ciudad, ha condenado – civilmente – al señor […] al pago de trescientos dólares de los Estados Unidos de América a favor de cada víctima, en virtud de haberse declarado culpable del delito de lesiones culposas por los siguientes argumentos:

-En razón que las víctimas no pueden realizar las labores que ejercían antes del accidente.

-Debido a las lesiones que sufrieron las víctimas, las cuales han dejado secuelas permanentes y que de acuerdo a la prueba pericial incorporada al proceso, tardaran en sanar en los siguientes términos: […].

De todo lo anterior, se advierte que la argumentación realizada por el juez sentenciador respecto de la responsabilidad civil es abstracta y contraria a la conclusión a la que arribó, en virtud que no se ha relacionado la existencia de ningún tipo de documento que permita concluir una cifra exacta.

Además, para fijar dicho monto el juzgador toma como parámetro el término de incapacidad de las víctimas, por lo que no resulta coherente ni proporcional que condene al imputado a pagar la misma cantidad de dinero en concepto de responsabilidad civil a cada una de las mismas, siendo rangos de sesenta y noventa días, respectivamente.

Lo anterior toma mayor relevancia por el hecho que no se encuentra incorporado al proceso ningún documento que acredite una cantidad exacta, y bajo el argumento que el monto de dicha condena deberá fijarse de acuerdo al término de incapacidad de cada víctima, el cual es diferente, de conformidad a la prueba pericial incorporada al proceso, resulta razonable calcular dicho monto de acuerdo por lo menos al salario mínimo vigente.

e) Por lo desarrollado anteriormente, esta Cámara advierte que la resolución impugnada imposición del monto de responsabilidad civil adolece de argumen-

tos que se contraponen entre sí y que vuelven contradictoria la fundamentación de la responsabilidad civil, en consecuencia, la queja del apelante es de recibo.

Precisa ahora determinar cuáles serán los alcances de la anterior conclusión para con el proceso penal y sentencia impugnada en sí.

Como punto de partida es pertinente indicar que el art. 475 CPP, bajo el epígrafe FACULTADES RESOLUTIVAS DEL TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA, establece:

´´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 la prueba como la aplicación del derecho.

Según corresponda puede confirmar, reformar, revocar o anular, total o parcialmente, la sentencia recurrida. En caso que proceda a revocarla resolverá directamente y pronunciará la sentencia que corresponda, enmendando la inobservancia o errónea aplicación de la ley. En caso de anulación total o parcial de la sentencia, ordenará la reposición del juicio por otro tribunal, salvo cuando la anulación se declaré por falta de fundamentación, en cuyo caso corresponderá al mismo tribunal, salvo cuando la anulación se declare por falta de fundamentación, en cuyo caso corresponderá al mismo tribunal.

Cuando la anulación sea parcial se indicará el objeto concreto del nuevo juicio o resolución […]".

Por lo tanto, es procedente anular parcialmente la decisión judicial, únicamente en lo relativo a la fijación del monto de la responsabilidad civil, por lo que será necesario ordenar al Tribunal Quinto de Sentencia de la ciudad de San Salvador que lleve a cabo una audiencia especial para dirimir lo relativo a la responsabilidad civil, con las debidas consideraciones discutidas en esta resolución.

Entonces, será el Juez del Tribunal Quinto de Sentencia quien deberá ordenar la celebración de la audiencia mencionada anteriormente, únicamente para discutir lo relativo a la responsabilidad civil, tomando en consideración los parámetros establecidos por esta Cámara en la presente decisión."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 32-2019, fecha de la resolución: 16/05/2019

SANA CRÍTICA

PARA EFECTOS DE ADMISIBILIDAD EN MATERIA RECURSIVA DEBE ESPECIFICARSE CUÁLES SON LAS REGLAS QUE SE CONSIDERAN INOBSERVADAS

"De acuerdo a todo lo expuesto, se tiene que se infringe la Sana Crítica cuando no se tiene en cuenta la perspectiva global de la prueba disponible como objeto de valoración, ya que ese abordaje sesgado y abstraído de las repercusiones epistémicas derivadas de sus relaciones con otras pruebas incidirá en la definición del hecho acreditado y con alta probabilidad en el sentido de la decisión jurisdiccional correspondiente, la cual podrá variar sustancialmente en proporción al grado dirimente de la específica prueba sobre la que haya recaído el error inferencial. Consúltese al respecto, la sentencia 402-CAS-2009 de la Sala de lo Penal.

En otras palabras, el juzgador competente ha de enlazar los aspectos conclusivos que se extraen de una y otra probanza y de ese modo desentrañar una sola conclusión global sólida argumentativamente, sobre la cual no obstante existan atisbos probatorios que demuestren alguna otra hipótesis fáctica distinta, éstos no gocen de la aptitud suficiente como para dar por establecida esta otra versión, en grado de certeza. La descripción (reproducción o precisión) del contenido del elemento probatorio y su valoración crítica (mérito o consideración inferida), con miras a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya (de no ser así, no sería posible verificar si la conclusión a que se llega deriva racionalmente de esas probanzas, invocadas en su sustento).

5. De lo anterior se tiene que el Tribunal de grado, ha emitido conclusiones sustentadas en la masa probatoria que le fue presentada y siendo que ninguno de los procesados o sus abogados aportaron pruebas de descargo que contradigan lo expuesto por la prueba de cargo, ha de entenderse que la conclusión global expuesta por el Juzgador obedece al caudal probatorio que le fue presentado y no habiendo atisbos probatorios que demuestren una hipótesis distinta a la expuesta por la representación fiscal, ha de entenderse que sus conclusiones se encuentra basadas en las Reglas de la Sana Crítica.

Bien, se dice que una sentencia tiene fundamento si la libre convicción del A Quo sobre cada una de las cuestiones planteadas para resolver respecto de la acusación penal, está explicada en forma completa mediante elementos probatorios de valor decisivo, que no sean contradictorios entre sí, ni sean ilegales o contrarios a las Reglas de la Sana Crítica. Sobre esta cuestión, ha de tenerse en cuenta que los recurrentes en ningún momento en su escrito recursivo han señalado que se haya faltado a las reglas del correcto entendimiento humano por existir elementos probatorios de valor decisivo que sean contradictorios entre sí, ilegales o contrarios a tales reglas, por lo que esta Cámara estima que el RECURSO DE APELACIÓN carece de los requisitos señalados por el Art. 470 Pr. Pn.

Así, cuando se acusa la violación o inobservancia de las Reglas de la Sana Crítica, en realidad se está diciendo que las constataciones efectuadas o las conclusiones deducidas por el Juez de mérito (o Juez de los hechos) dejan abiertas aún otras posibilidades, que el Juez no consideró en los fundamentos de su sentencia o no lo indujeron a demostrar y fundamentar con más exactitud sus constataciones y conclusiones (para excluir esas otras posibilidades). No se puede si quiera extraer del escrito recursivo interpuesto por los recurrentes, cuáles pudieron haber sido las otras posibilidades que el Juez de mérito tuvo que haber considerado a efectos de no violentar las Reglas de la Sana Crítica.

En ese sentido, para efectos de conocer por tal vicio, quien apela está en el deber de exponer cuál de las reglas ha sido vulnerada y el modo en que lo ha sido; así se tiene que de los escritos recursivos interpuestos por los impugnantes, no se establece cuál de las Reglas de la Sana Crítica son las que consideran que han sido inobservadas, incumpliendo con ello un presupuesto fundamental para poder admitir todo escrito recursivo, en los términos que señala el Art. 470 Pr. Pn., ya mencionado, en líneas anteriores.

6. De todo lo anterior, se puede extraer que los argumentos expuestos por los recurrentes no permiten que esta Cámara pase al conocimiento de fondo del

recurso, en el sentido de que se pueda examinar a la luz del ordenamiento jurídico aplicable, los motivos enunciados por éstos en sus escritos recursivos, denotando este Tribunal que no se le ha dado pleno cumplimiento a lo dispuesto por el Art. 470 Pr. Pn., pues se carece de fundamentación que demuestre el modo en que se incurrió el yerro alegado por los recurrentes, por lo que el recurso deberá de declararse inadmisible, ya que dicho defecto no puede ser suplido por esta Cámara, dado que ello implicaría configurar la pretensión y en consecuencia, así se hará."

Cámara de la Tercera Sección del Centro, número de referencia: P-355-PC-SENT-2018-CPPV, fecha de la resolución: 29/01/2019

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

EXCEPCIONALMENTE UN TRIBUNAL DE SENTENCIA PUEDE DECRETARLO

"**CONSIDERANDO 1.-** El **sobreseimiento definitivo** lo podemos definir como aquel en razón del cual se provoca la terminación anticipada del proceso e imposibilita que se pueda iniciar otro sobre los mismos hechos y contra el mismo imputado, desvinculando totalmente a este de la relación procesal, absolviéndolo, anticipadamente, de los cargos o imputaciones, como consecuencia de que la investigación ha alcanzado un grado de certidumbre suficiente como para admitir que ninguna investigación ulterior va a hacer variar la situación.

[---]

CONSIDERANDO 3.- Se debe advertir que excepcionalmente un Tribunal de Sentencia puede decretar un Sobreseimiento Definitivo, y esto se da, cuando concurren alguna de las causales de extinción de la acción penal, prescritas en el Art. 31 CPnPr.

Lo anterior también es amparo por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, quien en su sentencia bajo referencia 490-CAS-2009, de fecha 08A/11/2011, menciona:

[L]a única oportunidad procesal que tiene el tribunal de pronunciar el sobreseimiento, una vez iniciado el desarrollo de la audiencia de vista pública, es cuando se presenta una causal de extinción de la acción penal [...]."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-39-19, fecha de la resolución: 14/03/2019

IMPOSIBILIDAD DE PROVEERSE MÁS QUE EN LOS CASOS QUE LA LEY EXPRESAMENTE SEÑALA, CON ESTRICTO CUMPLIMIENTO DE LAS FORMALIDADES QUE LA PROVIDENCIA AMERITA

"**i.-** Reiteradamente ha dicho esta Cámara, por ejemplo, en *Incidente de Apelación N° 187-2018-Pn. Cabañas (A-2)*, resuelto mediante auto de las dieciséis horas del día doce de octubre de dos mil dieciocho que, *conforme al Art. 11 Inc. 1° Cn., ninguna persona -natural o jurídica- 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 podrán preservar un juicio justo para las partes procesales –Fiscalía o Defensa– y materiales –Imputado o Víctima– en igualdad de condiciones –Arts. 3 Cn. y 12 CPP–.

ii.- Por lo anterior, se dice en el precedente de cita que, *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– pues,* ***se trata de una decisión judicial que resuelve el derecho de fondo planteado en el requerimiento fiscal*** *–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****; razón por la cual se ve afectada la pretensión estatal ejercida a través de la Fiscalía General de la República por mandato constitucional –Arts. 193 Ord. 4° Cn., 17 Inc. 2° y 74 Inc. 1° CPP y, 2 LOFGR–*.

iii.-De igual manera, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia ha referido que: "… *El sobreseimiento definitivo no es sino la expresión judicial por excelencia donde se le pone fin al conflicto penal que ha sido sometido a una investigación, por lo tanto su esencia es ser producto por regla general de actos de instrucción. Este pronunciamiento se configura precisamente por el grado de certeza que tiene el juzgador que lo vincula a descargar toda responsabilidad penal de aquél en favor de quien se dicta sobre el o los hechos que han sido objeto de una investigación, con carácter de cosa juzgada una vez firme la resolución*…". Por ello (refirió el Tribunal Superior), "… *el conflicto jurídico de fondo debe ser definido por el tribunal de sentencia en la vista pública y no en una audiencia especial, puesto que se está creando un procedimiento que no está previsto en la Ley Adjetiva y como se ha dicho, esa audiencia sólo está para aspectos accesorios, ordenatorios, pero no para la pretensión de fondo*…" (sentencia de casación de las nueve horas diez minutos del día cinco de octubre de dos mil cuatro, Ref. 401-CAS-2004)."

Cámara de la Segunda Sección del Centro, número de referencia: APEL-171-2019-PN, fecha de la resolución: 11/11/2019

PROCEDE REVOCAR POR EXISTIR ELEMENTOS PROBATORIOS QUE DEBEN SER VALORADOS EN LA FASE PLENARIA

"Inicialmente, cabe mencionar que el sobreseimiento es el acto procesal de decisión emanado por quien juzga, por medio del cual se hace cesar el procedimiento o curso de la causa, siendo una finalización anormal de proceso, pudiendo ser éste de carácter definitivo o provisional, estando ya establecido en los Arts. 350 y 351, ambos del Pr. Pn. los supuestos en los cuales proceden ambos, respectivamente.

En tal sentido, de conformidad al Art. 351 Pr. Pn., el sobreseimiento provisional se basa, por una parte, en la existencia de elementos de convicción *insuficientes*, ya sea en lo que corresponde a la acreditación del delito o en lo que concierne a la participación delincuencial, como para considerar debida-

mente fundamentada la Acusación y, por otra parte, en la probabilidad de poder incorporar, dentro del plazo de un año, nuevos elementos que desvanezcan las deficiencias previamente advertidas.

Eso implica que, como lo dice la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia con referencia 352-CAS-2004, el sobreseimiento provisional del que hablamos produce más bien efectos de suspensión que de conclusión del proceso, porque las causas que lo motivan son de carácter temporal, ya que es posible que se subsanen en el futuro y en un momento ulterior, aunque sujeto a un plazo de caducidad, el proceso pueda ponerse en marcha nuevamente y se llegue a su terminación por medio de la sentencia definitiva.

En ese orden, la reapertura de la Instrucción, a que se refiere el Art. 352 Pr. Pn., es procedente cuando se incorporen al proceso esos nuevos elementos de prueba y como consecuencia, la apertura a Juicio Oral únicamente será viable cuando la Fiscalía formule una Acusación fundada, proponiendo prueba sobre la realización de los hechos punibles que resulten del procedimiento y sobre la participación de determinada o determinadas personas; a *contrario sensu*, cuando las investigaciones practicadas han desvanecido aquella posibilidad que motivó la iniciación del proceso, deberá ponerse fin al mismo, dictando el respectivo auto de sobreseimiento definitivo.

2.- En ese sentido, en el presente caso estamos frente a un proceso que se había emitido sobreseimiento provisional y concluido el año, se han presente elementos como la declaración anticipada del testigo "[...]", los reconocimientos fotográficos practicados con la participación de éste y el testigo de referencia [...], que fue quien entrevisto al testigo directo "[...]", ya fallecido.

En consecuencia, aspectos como la credibilidad o no, han de ser cuestiones que deben considerarse en la fase plenaria y no por parte de Juzgado instructor, como se ha hecho en el caso de mérito, por lo que haciendo el testigo "[...]", un señalamiento de incriminación respecto al delito juzgado con relación a los sujetos […], que según reconocimientos fotográficos, son los imputados [...], es procedente ordenar que se dicte auto de apertura a juicio en contra de ellos, inclusive con la admisión del testigo de referencia, por advertirse que el agente [...], conoció la información que sabía el testigo "[...]", por haberlo entrevistado dentro de las diligencias iniciales de investigación, y se ventile la situación jurídica de los referidos encartados en Audiencia de Vista Pública.

Esta Cámara, en otros incidentes sobre la prueba testimonial de referencia, apoyados en jurisprudencia de Casación Penal, que incluso:*"[E]l sentenciador está habilitado para admitir excepcionalmente esta evidencia supletoria, (…) pero no sólo ante los supuestos de la ausencia en el juicio del testigo inmediato, sino también cuando estuviere disponible para declarar…"*

En consecuencia, a pesar de que lo normal es que la prueba de referencia sea expresamente ofrecida por el ente fiscal en el dictamen de Acusación y admitida en la Audiencia Preliminar, con los requisitos que se prescriben por la ley para ello - Arts. 220, 221 y 222 Pr. Pn.-, consideramos que excepcionalmente es admisible que la prueba de referencia sea ofrecida y admitida, en esa calidad, inclusive hasta en la Audiencia de Vista Pública, en la fase incidental.

Por otro lado, no siendo válido los argumentos por lo que se ha emitido el sobreseimiento definitivo, se revocará respecto a los acusados ausentes, pero

no se ordenara que dicte auto de apertura juicio en contra de ellos, sino que el Juzgado Instructor ha de celebrar audiencia especial para analizar la suficiencia de elementos una vez que los mismos se apersonen al proceso, si habría que declararse la rebeldía de los mismos mientras tanto, de proceder eso, pues se habrá de hacer."

Cámara de la Tercera Sección del Centro, número de referencia: P-76-SD-2019-CPPV, fecha de la resolución: 03/04/2019

SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL

EFECTO NO DEFINITIVO

"3. El Sobreseimiento Provisional, es aquel que supone una cesación del procedimiento que *no es de carácter definitivo,* en el sentido que la instrucción puede reabrirse dentro del plazo establecido por ley para continuar con el desarrollo del proceso; dicha suspensión del procedimiento se da en virtud de que razonablemente, aparezcan nuevos datos o elementos de prueba; en aquellos casos en los que no es posible fundar la acusación, por situaciones concretas manifestadas en la investigación preparatoria, considerando cada caso en concreto. Por tanto, tal como lo establece la ley procesal, el Sobreseimiento Provisional, debe pronunciarse cuando no se hayan recolectado los elementos necesarios para proseguir con el procedimiento, dado el resultado insuficiente de la investigación que acredite el hecho delictivo o la participación de una determinada persona en el mismo, pero exista la probabilidad de que puedan incorporarse otros elementos de convicción.

En conclusión, a lo dicho anteriormente, el sobreseimiento provisional produce, como su nombre indica, un efecto no definitivo, constituyendo una conclusión del proceso que es solamente provisional, con efectos más de suspensión que de conclusión. Esta apreciación se basa en que los motivos que permiten decretarlo no se apoyan en la inexistencia del hecho delictivo o de la persona responsable del mismo, sino tan solo en la falta de elementos suficientes para determinarlo, concediendo como uno de sus efectos el plazo de un año destinado a la investigación, tal como lo regula el Art. 352 del Código Procesal Penal."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-24-19-11AI, fecha de la resolución: 28/03/2019

PROCEDE SU REVOCATORIA CUANDO EXISTEN LOS ELEMENTOS PROBATORIOS SUFICIENTES PARA QUE SEAN DISCUTIDOS EN JUICIO, CONFORME A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

"1. En el presente caso, al examinar los argumentos que expresa la Representación Fiscal, estos se dirigen a que el Juez erró en la derivación que sustento el Sobreseimiento Provisional dictado a favor del imputado […], ya que, a partir del análisis de los elementos de juicio agregados al proceso, estos permiten establecer la participación del mismo, en el hecho delictivo que se le acusa.

De lo anterior, se infiere que el sobreseimiento fundamentalmente es una resolución judicial emanada del órgano competente mediante la cual se pone fin al proceso de forma provisional o definitiva, sin actuar el "Ius Puniendi" estatal.

En ese orden, este Tribunal considera que el sobreseimiento provisional, se decreta fundamentalmente cuando los antecedentes reunidos durante la investigación no fueren suficientes para fundar una acusación y dicha investigación no pudiere seguir adelante en forma inmediata, habiendo, no obstante, motivos para esperar el surgimiento de nuevos elementos probatorios con posterioridad; este se encuentra delimitado en el art. 351 Pr.Pn., que señala:

"... El sobreseimiento se entenderá provisional cuando los elementos de convicción obtenidos hasta la conclusión de la instrucción sean insuficientes para fundamentar la acusación, pero exista la probabilidad de que puedan incorporarse otros. La resolución mencionará concretamente los elementos de convicción que el fiscal ofrece incorporar...".

Así, una vez finalizada la instrucción, se apreciarán los antecedentes acumulados y se definirá si éstos son suficientes para acusar o, por el contrario, para considerar que en ese caso no llegará a ese resultado y que, por ende, corresponde terminar o suspender el procedimiento, cuando concurran las causas que regula la norma, para decretar el sobreseimiento definitivo o el sobreseimiento provisional.

De lo transcrito debemos comprender que, el sobreseimiento provisional detiene el proceso penal, le pone final, pero no en forma definitiva sino momentánea, condicionada a la aparición de nuevos elementos de juicio que hagan procedente su apertura, hasta transcurrir el término de reapertura del proceso, puede considerarse definitivo.

En principio la decisión de negar la apertura a juicio, en el sobreseimiento provisional, no configura un impedimento para continuar con la tramitación del proceso, solamente la suspende durante un tiempo legalmente preestablecido en el que se debe cumplir con las diligencias encomendadas u obtener nuevos elementos de convicción. Este término es de un año y su buen uso y aprovechamiento, no depende del tribunal sino de la parte fiscal y la premura y diligencia con la que actúe.

Es decir, que si presenta la solicitud con suficiente anticipación, aunque le sea denegada la reapertura por no cumplir con las condiciones para superar las deficiencias que se le señalaron en su oportunidad, no existe obstáculo para que continúe recabando evidencia y presente nuevamente la solicitud. En cambio, si solicita la reapertura sin tener tiempo para continuar recabando información por haberse agotado el plazo o estar demasiado cercano a su finalización y su solicitud es rechazada, materialmente no tendrá oportunidad para volver a presentarla, aunque la resolución por sí misma no impida su nueva presentación, sin embargo, en este último caso, se generará el respectivo sobreseimiento definitivo.

3. A la luz de lo antes expuesto y habiéndose analizado los elementos de juicio agregados al proceso, es posible establecer por medio de la denuncia interpuesta por la víctima con régimen de protección clave […], estuvo recibiendo varias llamadas a su teléfono personal número […], por lo que al contestar la llamada un sujeto que se identificó como miembro de la pandilla dieciocho de

la zona, le exigió -amenazándolo a muerte- la cantidad de ochenta , dólares de los Estados Unidos de América; a raíz de esta situación la Policía Nacional Civil bajo la dirección funcional de la Fiscalía General de la República, nombra como investigador y negociador al cabo […], como investigador y negociador del presente caso, tal como consta […].

En ese orden y siguiendo con la investigación, el cabo […], según consta en el acta de autorización y entrega de teléfono, agregada […], recibe por parte de la víctima —al no encontrarse emocionalmente preparada para lidiar con los extorsionistas- su teléfono celular con número asignado […].

4. De los elementos de juicio anteriormente relacionados, este Tribunal infiere que existen una multiplicidad de indicios precisos y concordantes que permiten establecer en esta etapa procesal, que el imputado es coautor del delito por el cual se le imputa, advirtiéndose una cadena de indicios que permiten inferir de acuerdo con las reglas de la lógica y experiencia la existencia de un nexo causal entre el imputado y el hecho acusado, ya que no solo fue debidamente identificado por parte de los agentes policiales al momento de la entrega del dinero de la extorsión, sino que también tal como consta en el informe pericial policial de análisis de bitácoras telefónicas, realizado el veinticinco de octubre de dos mil dieciocho, agregado […], existe relación de comunicación telefónica entre el número […] utilizado para extorsionar a la víctima y el número […], el cual fue identificado e incautado al imputado […].

5. En ese sentido, a criterio de este Tribunal, las diligencias encomendadas por el Juzgador, no resultan necesarias para tener por establecida de manera razonable la participación del imputado […]; lo anterior debido a que, tanto el testimonio de la víctima con régimen de protección clave […], así como el de los agentes que conformaron el equipo uno, en la entrega del dinero producto de extorsión, han sido ofertados por la Representación Fiscal, como prueba testimonial -tal como consta en el dictamen de acusación-; así como los testigos de descargo han sido ofertados por la Defensa Técnica en la contestación del dictamen de acusación, es decir que al realizarse la Vista Pública respetando los principios que la rigen, se concluirá por quien sentencie si la prueba testimonial de cargo y de descargo que desfilará y bajo control de las partes, tiene la credibilidad y generan certeza más allá de toda duda razonable, siendo los elementos de juicio agregados al proceso suficientes para tener por establecido que existió la acción ilícita calificada provisionalmente como extorsión agravada y que existen elementos probatorios positivos para que sea un Tribunal de Sentencia quien decida en Vista Pública si los elementos de juicio ofrecidos le generan o no certeza para la imposición de una sentencia que podría ser adversa al imputado.

Así, la diligencia encomendada por el Juzgador a efecto de acreditar la agravante señalada por el Ministerio Fiscal en el artículo tres numeral uno de la Ley Especial Contra -el Delito de Extorsión, es decir, acreditar si el imputado ostenta el perfil exigido por el referido número del artículo.

6. Al respecto, es importante mencionar, que si bien es cierto, el punto de partida para la resolución de un caso, es la identificación de los preceptos penales que se adecuen al hecho, es decir la adecuación del hecho formal a la conducta descrita en la ley, cabe destacar que de acuerdo a la normativa procesal

(Arts.344 y 359 Pr. Pn.,) el Tribunal de Sentencia fundado en el Principio iura curia novit, puede calificar de distinta manera los hechos sometidos a su conocimiento apartándose de la calificación dada en el auto de apertura a juicio por el Tribunal de Instrucción, siempre que de conformidad con lo establecido en el Art. 344 Pr. Pn., de oficio se haga la advertencia previa de la posible modificación esencial de la calificación jurídica, de lo contrario se violaría el Principio de Congruencia, Art.359 Pr.Pn., excepcionalmente, esta advertencia no es necesaria siempre y cuando se trate de delitos homogéneos y además no se modifiquen las reglas de la competencia.

En ese mismo sentido, y al referirse a la determinación del tipo penal aplicable a un caso concreto, la autora María Luisa MAQUEA ABREU, en su obra El Derecho Penal en casos. Parte General, Pág. 14 expresa: "... es necesario aislar la conducta básica dentro de la narración de los hechos, dejando para momentos posteriores el examen del resto de los elementos que dan forma al supuesto fáctico. Se trata de una mera tarea de subsunción que no prejuzga sobre la responsabilidad efectiva del autor...".

Es decir, que debe tomarse en cuenta que la calificación jurídica de los hechos en las etapas previas a la Vista Pública, es de carácter provisional; ya que esta puede modificarse a criterio del Juzgador a lo largo de todo el proceso, pues será el Tribunal Sentenciador quien decida sobre los hechos presentados por la Representación Fiscal; por lo que nada impide que el Tribunal de una calificación jurídica diferente a los hechos planteados en la hipótesis fiscal; siendo por ende innecesaria la diligencia ordenada por el Juzgador, que va dirigida a establecer si el imputado forma parte de la estructura criminal conocida en nuestro medio como Pandilla Dieciocho.

En atención de lo anterior, este Tribunal considera que existen elementos probatorios suficientes para que sean discutidos en juicio y que un Tribunal de Sentencia conforme a las reglas de la sana crítica, concluya determina la culpabilidad o no del imputado respecto a los hechos acusados; siendo procedente revocar, en el fallo respectivo, el Sobreseimiento Provisional dictado; debiendo ordenársele al juez instructor que, convoque a Audiencia Especial cumpliendo con lo prescrito en los artículos 362 numeral 10 y 364 ambos del Código Procesal Penal para que se discuta la prueba ofrecida y admita la que considere útil en el presente caso y en consecuencia se dicte el correspondiente auto de apertura a juicio."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-68-19, fecha de la resolución: 09/04/2019

SOBRESEIMIENTO

PUEDE SER PROVISIONAL O DEFINITIVO

"i. El sobreseimiento es una institución jurídica contemplada en la normativa procesal penal salvadoreña, en dos vertientes, el provisional, art. 351 CPP, que procede debido a razones de insuficiencia probatoria, manteniendo en suspen-

so el proceso por un plazo determinado, sin ponerle fin –al menos de manera inmediata–, sujeto a la condición de incorporar durante el plazo de un año, determinados elementos probatorios que fundamenten la acusación penal, siempre y cuando se demuestre su factibilidad; a contrario sensu del definitivo, art. 350 CPP, el cual afecta de forma inmediata el ius puniendi estatal al resolver, una vez concluida la instrucción –como regla general–, que no existen elementos para sostener la imputación sobre la persona acusada, respetando los presupuestos previamente establecidos para su adopción.

JURISPRUDENCIA PENAL SOBRE LAS DOS CLASES DE SOBRESEIMIENTO

"ii. Sobre ese tema se ha pronunciado la Honorable Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación N° 97-C-2016, de las 08.30 horas del día 7-VI-2017, estableciendo que: "El sobreseimiento puede ser de dos clases: definitivo (conocido como libre en el ámbito español) y provisional. La diferencia entre ambos estriba en diversos aspectos (motivos por los que se dicta y efectos). Para el caso, el sobreseimiento definitivo, procede cuando: a) se logra establecer con certeza la inexistencia del delito o que el procesado no ha participado en el mismo, b) no es posible fundar la acusación, y c) que concurre un supuesto de extinción de responsabilidad penal); y el provisional únicamente en aspectos de insuficiencia probatoria para aperturar la etapa del juicio. En cuanto a sus efectos, el sobreseimiento definitivo implica un cierre definitivo del proceso sin que pueda reaperturarse, en cambio, el sobreseimiento provisional conlleva a un cierre provisorio del proceso, con la expectativa de incorporar nuevos elementos a afecto de reaperturarlo", de lo que se colige que ambos tipos poseen sus propias características y presupuestos de imperativa observancia para su aplicación y, en virtud de ello, es necesario realizar un análisis de la resolución proveída por la Juez A quo, a efectos de determinar si fue adoptada conforme a derecho." *Cámara de la Segunda Sección del Centro, número de referencia: INC-116-2019-PN, fecha de la resolución: 07/08/2019*

SUPUESTOS LEGALES PARA DECRETAR EL PROVISIONAL Y EL DEFINITIVO

"Inicialmente, cabe mencionar que el sobreseimiento es el acto procesal de decisión emanado por quien juzga, por medio del cual se hace cesar el procedimiento o curso de la causa, siendo una finalización anormal de proceso, pudiendo ser éste de carácter definitivo o provisional, estando ya establecido en los Arts. 350 y 351, ambos del Pr. Pn. los supuestos en los cuales proceden ambos, respectivamente.

En tal sentido, de conformidad al Art. 351 Pr. Pn., el sobreseimiento provisional se basa, por una parte, en la existencia de elementos de convicción *insuficientes*, ya sea en lo que corresponde a la acreditación del delito o en lo que concierne a la participación delincuencial, como para considerar debidamente fundamentada la Acusación y, por otra parte, en la probabilidad de poder incorporar, dentro del plazo de un año, nuevos elementos que desvanezcan las deficiencias previamente advertidas.

En cambio, el sobreseimiento definitivo es la resolución judicial emanada del órgano jurisdiccional competente mediante la cual se pone fin al proceso, sin actuar el *"iuspuniendi"* estatal; por lo que esta resolución, en cuanto a sus efectos, se equipara a la sentencia absolutoria. Es por decirlo así, una resolución alternativa al auto de apertura a juicio, por cuanto hacen concluir de modo anticipado el proceso penal y es el Art. 350 Pr. Pn., el que regula los casos en que puede pronunciarse, estableciendo su numeral uno, tres casos, los cuales se comentan a continuación:

El primero es que resulte con certeza que el hecho no haexistido, esto implica que ni siquiera puede estudiarse si el hecho atribuido constituye o no delito, pues con base a la actividad investigadora previa, se ha arribado a la conclusión que ni siquiera tuvo lugar o existió; el segundo caso es cuando el hecho no constituye delito, es decir, en este supuesto el hecho sí existe, pero no es típico de una conducta delictiva, en nuestro ordenamiento jurídico penal y el tercer caso opera cuando, pese a existir el hecho y constituir éste un delito, se determina que el imputado no participó en el mismo.

Mientras que, en la causal número dos del Art. 350 Pr. Pn., procederá el Sobreseimiento Definitivo, ante la imposibilidad de fundar la acusación y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar al proceso nuevos elementos de prueba.

En ese sentido, de los argumentos literales de la Juez se advierte que el sobreseimiento definitivo dictado se basa en el Art. 350 N° 2 Pr. Pn., en el sentido que haya ha concluido que no existen elementos de convicción suficientes, como para considerar debidamente fundamentada la Acusación, pero tampoco existe la probabilidad de poder incorporar, dentro del plazo de un año, nuevos elementos que desvanezcan las deficiencias previamente advertidas, aunque en ninguna parte del auto impugnado justifica porqué es que no existe la la probabilidad razonable de poder incorporar nuevos elementos de prueba."

PRUEBA DE REFERENCIA PUEDE DEJAR SIN EFECTO EL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

"Parece ser que la mayor deficiencia advertida es que la prueba testimonial es de carácter referencial, pero tal y como lo asevera la representación fiscal, la señora Juez para por alto la consideración de la existencia de la entrevista de la víctima, como potencial testigo directo, sobre todo cuando en los casos de delitos sexuales contra uno una menor, como en el presente, el testimonio de éste se toma en prueba sustancial y a veces única, de la que disponen los órganos encargados de la persecución penal para establecer la participación delictiva, porque la experiencia ha demostrado que la mayor parte de estos delitos se cometen en un entorno cerrado, desoledad, de obscuridad, de confianza o simplemente de aprovechamiento de la debilidad del sujeto pasivo. Por ello, muy pocas veces los Juzgadores disponen de otras evidencias que no sean el testimonio de la propia víctima.

Además, en reiterada jurisprudencia se ha sostenido que los dictámenes psicológicos, como instrumentos científicos de medida del comportamiento humano, tienen índices bastante aceptables de confiabilidad y validez, de tal mane-

ra que estos constituyen un instrumento válido al que los jueces pueden acudir para examinar en mejor forma el testimonio de un menor (Sentencia de la Sala de lo Penal en con referencia 141-CAS-2004, se pronuncia en esa misma línea) y sin embargo, la Juzgadora de Instrucción omitió considerar la prueba de esa naturaleza practicada a la víctima en este caso.

Igualmente, recordemos que, aunque *"…la presencia de los (…) indicadores sicosociales reflejan una mayor probabilidad de abuso sexual, debe quedar en claro que la falta de los mismos no implica la ausencia de abuso…"* (Servicio Nacional de Menores. Estudio Peritajes Sicológicos en Abuso Sexual Infantil. Serie, estudios y seminarios. Chile, 2004. Pág. 17), empero, en el caso de autos, la funcionara judicial de Instrucción no se refirió, al menos, en lo situacional al estudio social practicado a la víctima, como elemento de convicción en este momento procesal.

Por otra parte, en cuanto a los testimonios de referencia conviene apuntar que la Sala de lo Penal en su sentencia con referencia 480-CAS-2009,ya ha establecido, que en un eventual Juicio Oral, como en este caso, sí es posible la valoración de éstos junto a otros elementos probatorios o como dato confirmatorio de los propios dichos del testigo directo y, claro está, excepcionalmente, como prueba única de cargo, sometida a exámenes de veracidad y credibilidad efectuados por los jueces del debate. En ese sentido, existiendo al momento prueba directa del hecho, es claro que las testigos que la señora Juez menciona en el auto recurrido, declararían para confirmar datos que habrá de aportar en primer plano la propia víctima.

De ahí, que las objeciones que hace la Defensa Técnica, sobre lo que está o no probado, es viable que se discuten en un Juicio Oral, en conjunto con las probanzas que desfilen tanto de parte de la Defensa Técnica como de parte de la Fiscalía, y se habrá de revocar el auto apelado."

Cámara de la Tercera Sección del Centro, número de referencia: P-141-SD-2019-CPPV, fecha de la resolución: 27/06/2019

TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN ILEGAL O IRRESPONSABLE DE ARMAS DE FUEGO

IMPLICA UNA MEDIDA DE CARÁCTER PREVENTIVO, QUE TIENDE A EVITAR EL PELIGRO QUE PRESUME TENER EN SU PODER ARMAS DE FUEGO AL MARGEN DE TODA REGULACIÓN O CONTROL ESTATAL

"Número 4. Siguiendo ese hilo argumentativo, no puede pasar desapercibido, el tipo penal de TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN ILEGAL O IRRESPONSABLE DE ARMA DE FUEGO**,** previsto y sancionado en el artículo 346-B del Código Penal, atribuido a **JNV;** inicialmente este se consolida como un tipo penal alternativo y abierto; es alternativo, pues para la adecuación típica de la acción prevista por el legislador, se requiere además de otros requisitos, que se cumpla con alguno de los verbos rectores tales como *tener, portar o conducir* un arma de fuego, además es un tipo penal abierto, integrado con elementos normativos que exigen la complementariedad de una ley extrapenal, como la LEY DE CONTROL

Y REGULACIÓN DE ARMAS, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y ARTÍCULOS SIMILARES y su reglamento, que determina supuestos en que la tenencia, portación o conducción de armas de fuego, se configuren de manera irresponsable o ilegal, ejemplo de ello, que alguna de estas acciones se realice sin la autorización o matrícula del arma de fuego pertinente, que dicha legislación ha previsto.

Número 5. El delito en cuestión, implica una medida de carácter preventivo, que tiende a evitar el peligro que presume tener en su poder armas de fuego *al margen de toda regulación o control estatal*, pues el artículo 217 de la Constitución de la República prescribe que las actividades vinculadas con las armas de fuego, municiones, explosivos y artículos similares, estarán sujetas a la autorización y supervisión del Órgano Ejecutivo en el ramo de Defensa, señalando la Constitución, que una ley especial regulará dicha materia; de ahí se tiene que la portación de armas de fuego, por su naturaleza, están clasificadas como prohibidas por la ley, Art. 58 de la Ley de Control y Regulación de Armas de Fuego, Municiones Explosivos y Artículos Similares, por lo que no estando inscrita como *arma legítima*, es imposible el control que el Estado pueda hacer de ella. Además, no basta aducir que el arma estaba descargada o que no portaba munición, para sostener que no se ha violentado el bien jurídico tutelado, y justificar una posesión indebida, pues con este argumento cualquier persona podría argüir la posesión de un arma de fuego prohibida, siendo precisamente por la peligrosidad que este tipo de armas representa, que la ley ha establecido prohibiciones, cuya mera tenencia se considera peligrosa a pesar de no haberse concretado peligro alguno, pues dicha acción atenta contra la tranquilidad y la integridad personal de los miembros de la sociedad, por tener un alto poder destructivo; bastando que se acredite su buen estado de funcionamiento, es decir, que se encuentre apta para efectuar disparos.

Número 6. En tanto, el reproche penal y consecuente punibilidad se determina —*ex ante*- a la concreción de un peligro, pues solo la puesta en peligro es sancionable penalmente, constituyendo un peligro en abstracto atentatorio de la Paz Pública; por otra parte en relación al presente caso, hay que precisar atención, en referencia al verbo *portar* al ser esta la alternativa atribuida, el cual implica un ámbito de posesión y transporte de un arma de fuego provista y funcional, verbigracia cuando a un sujeto se le encuentra adherida a su cuerpo el arma de fuego, dentro del ámbito de disposición que la persona ejerce sobre dicha arma de fuego, aunado a la ausencia de la licencia que lo autoriza para portarla o de la matrícula correspondiente."

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-33-19, fecha de la resolución: 27/03/2019

TESTIGO ÚNICO

CONSIDERACIONES SOBRE SU VALOR PROBATORIO

"En ese orden de ideas y aún en el supuesto que solamente se contara con la declaración de la víctima, ya dijimos anteriormente que contamos con el Principio de Libertad Probatoria y la doctrina autorizada en la materia, como

es la obra de Carlos Climent Durán, "**La Prueba Penal",** pag. 130, 131 y 132, también nos dice: "" *La jurisprudencia del tribunal Constitucional ha reconocido reiteradamente que las manifestaciones de las víctimas o perjudicados por los delitos tienen la consideración de verdadera prueba testifical, con aptitud para destruir la presunción de inocencia… No podemos compartir la afirmación de que la víctima de un delito por el hecho de actuar en el proceso penal como parte ofendida ejerciendo las correspondientes acciones penal y civil no pueda ser testigo… y Todo esto es admisible* ***incluso en el caso de que tan solo se cuente con la declaración de la víctima como única prueba de cargo,*** *quedando así superado el principio de testis unus tetsis nullus. El testigo único es tan válido como el testigo plúrimo."*

Además, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso bajo Ref. 178-C-2004, analizó lo siguiente: *"Si bien es cierto en la sana crítica* ***no se toma en cuenta el número de testigos,*** *sino su dicho, al grado que* ***uno solo puede ser suficiente*** *para comprobar un extremo alegado…""";* de igual manera tenemos jurisprudencia comparada como es la del Tribunal Supremo Español bajo Ref. 692/1997 del 7 de noviembre, cuyo magistrado ponente fue Soto Niego, y en dicha sentencia se analiza lo siguiente: "" *Es afirmación pacífica y reiterada actualmente que la manifestación en el proceso de un único testigo es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y apoyar la resolución condenatoria, careciendo de virtualidad jurídica el antiguo principio "testis unus testis nullus", siempre y cuando no aparezcan razones objetivas que invaliden las afirmaciones de ese único testigo****".*"

Cámara de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, número de referencia: 248-P-18, fecha de la resolución: 04/01/2019

TESTIGOS DE REFERENCIA

CONSIDERACIONES NORMATIVAS Y DOCTRINARIAS

"Que delimitado -como se indicó supra-, los agravios presentados por los defensores particulares de cada uno de los recursos y en vista de que las apelaciones presentadas convergen en mencionar que el testimonio del testigo de referencia […], es contradictorio con la prueba de cargo anteriormente relacionada; es oportuno para este Tribunal analizar si el testimonio del testigo de referencia es corroborado con otros elementos probatorios de cargo para acreditar si los imputados participaron en el hecho acusado y posterior a ello analizar los puntos de apelación de manera individual de cada uno de los apelantes.

Dicho lo anterior, este Tribunal considera que el testigo de referencia, debe de entenderse como aquel que no ha percibido un acontecimiento por sus propios sentidos sino por lo que otra persona -que sí lo presenció- le transmitió. Constituye una prueba directa respecto de lo que el testigo conoce, de tal forma que su valoración, 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, es decir que si es posible su valoración junto a otros elementos probatorios o como dato confirmatorio de los propios dichos del testigo directo y, excepcionalmente, como prueba única de cargo, sometida a exámenes de veracidad y credibilidad efectuados por los jueces del debate. Casación Penal (480-CAS2009).

En ese mismo orden, es posible advertir que el artículo 220 del Código - Procesal Penal regula respecto de la prueba testimonial de referencia lo siguiente: "... Por regla general, no será admisible la práctica de prueba testimonial de referencia, salvo que sea necesaria y confiable.

El testigo se considerará de referencia cuando realice o vaya a realizar manifestaciones o aseveraciones provenientes u originarias de otra persona, con la finalidad de probar la veracidad del contenido de estas aseveraciones.". (El subrayado es nuestro).

Del anterior precepto legal, podemos observar, que los testigos de referencia tienen viabilidad legal, excepcional y específica, pues así lo prescribe la disposición legal citada y las que le suceden (Arts. 221 al 223 Pr.Pn.); siendo necesaria a falta de disposición del testigo directo -casos que detalla el art. 221 Pr.Pn.- sustraer la información del hecho delictivo detallado por el testigo directo por medio del testigo de referencia; sin embargo, este testimonio referencial debe de ser corroborado con otros elementos de prueba para establecer la confiabilidad.

[---]

En ese iter lógico, puede concluirse con facilidad que en este caso la prueba testimonial de referencia está permitida por cuanto, se trata de una situación imposibilitante de carácter sobreviniente y comprobada, además, respecto a la persona que se constituye como testigo de referencia, se demuestra que previo a la circunstancia fáctica sobreviniente, conocía como testigo de referencia primaria del hecho que se juzga, dado a que tampoco sería posible admitir como testigo de referencia a alguien a quien hasta en ese momento se le quiera dar tal calidad, con el ánimo de lograr una condena y en detrimento de la seguridad jurídica y defensa de la contraparte. [---]"

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-350-18, fecha de la resolución: 11/03/2019

PUEDE SER CONSIDERADO COMO PRUEBA EN CASOS EXCEPCIONALES, DE CONFORMIDAD A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA, PERO DEBERÁ ESTAR CONFORMADO POR OTROS ELEMENTOS DE PRUEBA PARA PODER FUNDAMENTAR UNA SENTENCIA DE CONDENA

"a. En el caso de mérito, el impetrante en su líbelo hace referencia a los siguientes motivos: 1) Insuficiente fundamentación probatoria intelectiva de la

providencia impugnada y 2) Inobservancia de las reglas de la sana crítica, en el componente de la lógica, bajo el principio de razón de suficiente, específicamente en lo que respecta a la deposición de clave […], en virtud que con su relato no se puede establecer la participación del imputado.

En relación al deber de fundamentación, la Sala de lo Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en la sentencia dictada a las ocho horas y veinticinco minutos del día veintisiete de abril del año dos mil quince, en el expediente marcado bajo la referencia 298-CAS-2014, distingue que los elementos del deber de fundamentación son los siguientes:

"La fundamentación de la sentencia comprende varios componentes, incluyendo la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho histórico que sirve de base a la pretensión punitiva del Estado, incluyéndose aquí tanto la plataforma de hechos acusados como aquellos que se estiman acreditados (fundamentación fáctica) Ese marco histórico debe estar respaldado en un sustento probatorio; por ello, se requiere que el tribunal deje constancia de la enunciación y relación esencial del contenido de los medios de prueba (fundamentación probatoria descriptiva); así como, la valoración de todos los elementos probatorios que el tribunal tuvo a su alcance, seleccionando aquellos que sean útiles y pertinentes para determinar si los hechos acusados se produjeron o no, y si el encartado tuvo participación en ellos, siendo respetuoso de las reglas universales del correcto entendimiento humano (fundamentación probatoria intelectiva)." […].

En ese orden de ideas, cada uno de los componentes que señala 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.

En cuanto al motivo invocado como insuficiente fundamentación probatoria intelectiva, se advierte que el apelante incurre en una contradicción, debido a que al mismo tiempo indica transgresión a las reglas de la sana crítica, asimismo, transcribe párrafos de la sentencia en los cuales el juzgador ha plasmado su valoración; en ese sentido tal afirmación confirma la existencia de argumentos jurídicos, correctos o no, que arribaron a la condena recurrida, por lo cual, tal motivo se desestima, y se dará respuesta mediante el análisis de violación a las reglas de la sana crítica.

b. Las reglas de la sana crítica constituyen el sistema de valoración de la prueba que rige el proceso penal, por medio del cual se obtiene por los operadores de justicia la conclusión que deriva en el fallo judicial, ya sea el mismo condenatorio o absolutorio.

El referido sistema de valoración determina la plena libertad de convencimiento, el cual exige que las conclusiones a las que se lleguen sean producto razonado de la prueba que desfiló en el juicio. Dicho sistema se encuentra fundamentado en los artículos 175 párrafo 2° y 179 CPP, esta última norma literalmente regula:

"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".

Aunado a lo anterior, el art. 394 párrafo 1° CPP, establece que:

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

Cabe destacar que las reglas de la sana crítica tienen un componente técnico jurídico, del cual se desprenden las herramientas necesarias para colegir una conclusión adecuada con relación a los elementos probatorios introducidos en el proceso.

Ahora bien, las reglas de la sana crítica aludidas por el legislador presentan tres componentes: Psicología, las máximas o reglas de la experiencia o Experiencia Común y la Lógica.

Las reglas de la Psicología, se ocupa del estudio científico de la conducta humana, le concierne la formulación de sus principios generales como para la comprensión de los individuos, 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.

En lo que respecta a las máximas o reglas de la experiencia, se puede 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; éstas, no deben ser contrarias a los que la ciencia o ramas especializadas del conocimiento humano han catalogado como ciertos y ser idóneas para aplicarse al caso concreto.

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.

El principio lógico de identidad exige que, en el contexto de un mismo razonamiento, a determinado concepto se le asigne siempre el mismo significado. "La identidad... en lógica se expresa bajo la fórmula "A es A". El Juez de mérito violaría este principio si afirma que una persona o cosa es otra distinta de la que verdaderamente es, lo que expresaría así: "A es B". (Dall"Anesse Ruiz, Francisco, "Temas de Casación Penal", Editec Editores, Costa Rica, 1° Ed. Año 1991, Pág. 32).

El principio lógico de no contradicción (a veces llamado sólo principio de contradicción) establece que una persona o cosa no puede ser y no ser a la misma vez, de modo que no pueden ser válidos dos juicios, de los cuales uno expresa que alguien o algo es y el otro dice que ese alguien o ese algo no es. No pueden ser verdaderos a la vez los juicios "A es B" y "A no es B".

Mientras que el principio lógico de tercero excluido significa que, de dos juicios que se niegan, uno es necesariamente verdadero, por lo que una tercera opción queda excluida, por no ser viable. En otros términos, si se afirma que "A es B" y después se dice "A no es B", ello implica que uno de los dos postulados es falso y el otro necesariamente resultará verdadero, quedando excluida la posibilidad de una tercera opción.

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. Dicho principio es el que se utiliza para considerar que una proposición es completamente cierta, ha de ser demostrada, es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene por verdadera; este principio permite controlar o verificar si la motivación de la decisión en general, el juicio de valor emitido sobre los medios probatorios y el material fáctico en particular, están lo suficientemente fundados para que la motivación y la valoración se consideren correctas.

Sobre ello, 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" [Sala de lo Penal, expediente marcado bajo la referencia 486-CAS-201, de fecha dieciséis de septiembre de dos mil trece].

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.

c. Una vez desarrolladas las consideraciones anteriores respecto a las reglas de la sana crítica y específicamente en lo relativo al principio de razón suficiente, se tiene que el impetrante sostiene que con la declaración del testigo clave […] no es posible acreditar la participación del imputado como autor mediato del delito de Homicidio Agravado, por lo cual se parte de un hecho probado que no tiene discusión, el homicidio de […], por lo que debe determinarse cómo se efectúa la vinculación entre este hecho y la actividad atribuida al imputado.

Aunado a lo anterior, debe indicarse que de la lectura de la sentencia impugnada se deriva que declaró en el juicio únicamente el testigo clave […], el cual manifestó lo siguiente: […].

d. En el presente caso, el motivo de queja no es respecto a la valoración de la prueba en sí, debido a que la misma se ha analizado positivamente para establecer algunos datos fácticos, lo que se cuestiona es la inferencia que realiza el juez A quo de la misma en torno a la participación del imputado como autor mediato del delito de Homicidio Agravado.

Se cuestiona por parte del defensor que no hay evidencia que vincule a su cliente con el hecho delictivo, pues relaciona que únicamente se menciona que se recibió una llamada telefónica y que en ella se pretende involucrar a su representado.

Del análisis de la declaración del testigo clave […] se advierte que éste efectivamente nunca tuvo comunicación directa con el imputado […] mencionado en el proceso también como […], sino que se identifica que fue otra persona […] quien le expresó que el imputado había dado la orden de matar a la víctima.

En tal sentido, se advierte que no se trata de un testimonio – directo – que provenga de una persona que haya percibido mediante sus sentidos lo ocurrido, y que haya recibido la orden directamente de […].

En tal sentido el segmento de información proporcionado por el testigo clave "[…] y que involucra al procesado […], el delito de homicidio resulta ser de referencia, y no de percepción directa como ha interpretado el juez del Tribunal Segundo de Sentencia de esta ciudad.

Sobre esos segmentos de información, es pertinente indicar que la prueba de referencia, es la información narrada por un testigo cuya percepción de los hechos no fue de forma personal, sino a través del relato de otra persona que si los percibió; es decir que, únicamente refiere aspectos que han llegado a ser de su conocimiento, pero que no ha presenciado.

En relación a ello, el testimonio de referencia no es admisible de manera automática, en virtud que no es posible afirmar que por medio de su relato se podrá establecer la culpabilidad del imputado.

En consecuencia, el testimonio de referencia es admisible en casos excepcionales; sobre todo, para ser considerado como prueba de los hechos atribuidos, debe estar conformado por otros elementos de prueba, los cuales brinden consistencia y credibilidad, al grado de poder sostener con certeza la construcción de culpabilidad del sujeto procesado; de lo contrario sería difícil sostener la fundamentación de una sentencia condenatoria.

Así, el art. 220 Pr. Pn., bajo el epígrafe Declaraciones de Testigos de Referencia, nos indica:

`Por regla general, no será admisible la práctica de prueba testimonial de referencia, salvo que sea necesaria y confiable.

El testigo se considerará de referencia cuando realice o vaya a realizar manifestaciones o aseveraciones provenientes u originarias de otra persona, con la finalidad de probar la veracidad del contenido de esas aseveraciones".

Como se ha mencionado, por regla general, este tipo de prueba – testimonio de referencia – es inadmisible; sin embargo, es excepcionalmente admisible, bajo los parámetros de necesidad y confiabilidad.

La necesidad alude a lo imprescindible o útil de la prueba, que se traduce en la comprobación fehaciente de los supuestos de los arts. 221 Pr. Pn. (cuando el testigo directo no esté disponible) o 222 Pr. Pn. (aun cuando el testigo directo esté disponible); en definitiva, se refiere a la condición de acceso a la prueba directa, pues mientras ésta presente menos dificultades también será menos necesario sustituir la prueba directa por prueba de referencia.

La confiabilidad al hecho, es decir, que concurran circunstancias especiales que hagan fehaciente la versión original, se refiere a la credibilidad y confianza del testigo directo a quien cita el de referencia.

De acuerdo a estos parámetros, no puede incluirse la mera conveniencia o facilidad de incorporación de una declaración de referencia cuando el testigo directo esté disponible, como podría ocurrir cuando en lugar de asegurar la presencia de un testigo directo que no tiene vínculos con el Estado, se prescinda de éste y solamente se presente a declarar un agente policial u otro servidor público porque es más fácil coordinar su citación y presentación al juicio. Este tipo de

sustitución no sería acorde al criterio de necesidad que es exigible a la prueba testimonial de referencia.

Esta oportunidad no existe cuando el o los testigos directos de los hechos no se encuentran presente y solamente se cuenta con un testigo a quien lo que le consta son las manifestaciones o expresiones de los testigos directos, lo que conlleva a que su examen de credibilidad sólo pueda determinar si este testigo de referencia dice la verdad cuando expresa que el testigo directo manifestó algo, pero ello no resuelve el problema de la veracidad o ausencia de veracidad de esa expresión del testigo directo.

Es decir, se puede determinar que lo que dijo el testigo de referencia es cierto, pero ello no prueba que la manifestación del testigo directo que el de referencia reproduce también sea cierta. De ahí que se reduce el ámbito necesariamente a los casos de absoluta necesidad siempre que se establezca con suficiencia la confiabilidad que puede darse a que lo manifestado por el testigo directo (y reproducido por el de referencia) sea verdadero.

Cabe aclarar que lo anterior aplica íntegramente cuando en un proceso únicamente se cuente con la declaración de un testigo de referencia, sin que existan testigos directos sobre los hechos; en dichos casos es donde será necesaria la existencia de elementos probatorios que sustenten el dicho que exprese el testigo referencial.

Sin embargo, si dentro del proceso se encuentran testigos directos, el testigo referencial vendría a reforzar la versión dada por aquel, en el transcurso del tiempo, lo que funcionaría como persistencia en la incriminación.

De lo anterior, se puede establecer que cuando no se cuente con un testigo directo será posible la admisión de un testigo de referencia, de conformidad a lo establecido en el art. 221 CPP, dicha disposición regula lo siguiente:

“Será admisible la prueba testimonial de referencia en los casos siguientes:

Muerte, enfermedad grave u otra circunstancia que haga imposible o difícil que comparezca el testigo a rendir la declaración personalmente en la vista pública.

Operaciones policiales encubiertas.

3) Retractación de la víctima o testigo, para controlar la credibilidad de éstas.

4) Manifestaciones expresadas de manera consciente y espontánea, en circunstancias que implicaban un perjuicio a los intereses de quien las efectúa o de un tercero en su caso”.

No obstante, lo anterior dependerá de cada caso el análisis relativo a dicho tipo de prueba, debido a que será necesario identificar el cumplimiento de los supuestos establecidos en la ley y analizar la forma en la cual la prueba testimonial de referencia se ha incorporado o no en el proceso.”

IMPOSIBLE TENER EN CONSIDERACIÓN LA INFORMACIÓN REFERENCIAL APORTADA, DEBIDO A QUE NO FUE ADMITIDA EN CALIDAD DE PRUEBA TESTIMONIAL DE REFERENCIA

“En atención a la argumentación antes expuesta, al verificarse el contenido de la declaración a la que se ha venido haciendo alusión, como se mencionó

supra puede extraerse de la misma que al testigo no le constan de forma directa a través de sus sentidos los hechos atribuidos al imputado, en otros términos, dicha deposición es eminentemente referencia, en virtud de ello, se tuvo que haber observado por parte del Juez A-quo lo regulado en el artículo 221 CPP, es decir, se tuvo que argumentar sobre la existencia de alguno de esos supuestos.

En ese sentido, este Tribunal de alzada es del criterio que los referidos supuestos son de fiel cumplimiento siempre y cuando no se cuente con prueba directa en el caso concreto, por lo que en dicho escenario se debe verificar el cumplimiento de los supuestos que la disposición relacionada regula.

En razón de lo anterior, esta Cámara considera que la declaración del testigo clave […] bajo ningún concepto fue admitida en calidad de prueba testimonial de referencia en los términos que la ley establece, ya que la misma no fue ofertada como tal. En consecuencia, no es posible tener en consideración la información referencia aportada por dicho testigo para efectos de valoración de la prueba, no siendo idónea para tener por acreditada la participación del imputado en el evento."

PROCEDE ANULAR CONDENA CUANDO EL JUZGADOR HA INFRINGIDO LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA Y EL PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE, AL NO PODER ESTABLECER LA CULPABILIDAD DEL PROCESADO

"De ahí que al analizar de forma conjunta el resto de la prueba vertida en juicio no se puede arribar a la misma conclusión que el A quo, ya que dicha prueba no aporta información tendiente a determinar si la muerte de la víctima fue producto del actuar doloso o culposo del procesado, por lo cual, no es posible establecer la participación del imputado en calidad de autor mediato del tipo penal de Homicidio Agravado.

Por todo lo anteriormente desarrollado, esta Cámara concluye que ha existido inobservancia a las reglas de la sana crítica, en el componente de la lógica, bajo el principio de razón suficiente, siendo atendible la queja expuesta por la defensa.

e. Debe indicarse además que dentro de las expresiones del impetrante se observa una referencia a que el juzgador infringe el principio de razón suficiente ya que no se puede sustentar con ningún medio probatorio que […], y en virtud que no se cuenta con la declaración de la víctima, no es posible establecer la culpabilidad del imputado.

Lo anterior, permite inferir que el impetrarte utilizó un formato/plantilla de otro recurso de apelación para la formulación del que ahora nos ocupa, dado que tal aseveración no tiene coherencia interna con el caso que nos ocupa.

f. La presente alzada es contra una sentencia condenatoria, en la que después del respectivo análisis de fondo se determina que se ha infringido el principio lógico de razón suficiente. Quedando latente la petición fiscal, de manera que dada la deficiencia observada – un segmento del relato del testigo clave […] es de referencia y no fue admitido y valorado como tal –, se evidencia un vicio de fondo en la sentencia recurrida, art. 400 Nº 5) Pr. Pn., en relación al análisis inferencial que se hizo a partir de la reconstrucción mental de los hechos [análi-

sis de las pruebas]; 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 participación delictual, por lo que se impone como solución anular el juicio y la sentencia.

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.

Esta nulidad implica un nuevo análisis inferencial probatorio, por lo que se ordenará la reposición del juicio y de la sentencias anulados, sin embargo, en vista que la nulidad obedece a un vicio que se origina a partir de un defecto en las conclusiones de los datos derivados de la valoración de la prueba [análisis inferencial], aspecto en el cual el juez […], del Tribunal Segundo de Sentencia de esta ciudad, expresó argumentos y conclusiones no compatibles con los datos que se derivan de la prueba, específicamente en relación a la versión de participación que da clava […] 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 analizó 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.

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.

De conformidad con la sentencia de casación con referencia 245-C-2013, dictada a las ocho horas con cuarenta y tres minutos del seis de mayo de dos mil catorce, por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, 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 del presente junto con el expediente a su Tribunal de origen."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 292-2018, fecha de la resolución: 25/02/2019

TESTIGOS

CONSIDERACIONES SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO ÚNICO TESTIGO

"Al respecto tenemos la obra del español Carlos Climent Duran, "**La Prueba Penal**", págs. 130, 131 y 132 sobre la valoración de la víctima, nos dice en lo pertinente: "La jurisprudencia del tribunal Constitucional ha reconocido reiteradamente que las manifestaciones de las víctimas o perjudicados por los delitos tienen la consideración de verdadera prueba testifical, con aptitud para destruir la presunción de inocencia....No podemos compartir la afirmación de que la víctima de un delito por el hecho de actuar en el proceso penal como parte ofendida ejer-

citando las correspondientes acciones penal y civil no pueda ser testigo ...y Todo esto es admisible incluso en el caso de que tan solo se cuente con la declaración de la víctima como única prueba de cargo, quedando así superado el principio testis unus tetsis nullus. El testigo único es tan válido como el testigo plúrimo...".

La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en proceso bajo Ref. 178-C-2004, analizó lo siguiente: "Si bien es cierto en la sana critica **no se toma en cuenta el número de testigo**, sino su dicho, al grado que **uno sólo puede ser suficiente** para comprobar un extremo alegado... "; de igual manera el Tribunal Supremo Español bajo Ref. 692/1997 del 7 de noviembre, cuyo magistrado ponente fue **Soto Nieto**, en dicha sentencia se dice textualmente que: "Es afirmación pacífica y reiterada actualmente que la manifestación en el proceso de un único testigo es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y apoyar la resolución condenatoria, careciendo de virtualidad jurídica el antiguo principio "testis unus testis nullus", siempre y cuando no aparezcan razones objetivas que invaliden las afirmaciones de ese único testigo**"**."

Cámara de la Cuarta Sección del Centro, número de referencia: 318-P-18, fecha de la resolución: 03/02/2019

TIPICIDAD

CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES

"2.1) Una vez celebrada la Audiencia Preliminar, y realizados los correspondientes ofrecimientos probatorios, es procedente someter los hechos acusados a un análisis de tipicidad, con el propósito de verificar si la plataforma fáctica es susceptible de ser enmarcada en alguna conducta tipificada por el legislador y, de ser este el caso, determinar a cuál es la que corresponde, siempre tomando como punto de partida la relación circunstanciada de los hechos contenida en el Dictamen de Acusación.

2.2) En primer lugar, hay que definir la tipicidad como: "[...] la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal [...]". [Muñoz Conde, Francisco. "Teoría General del Delito", Editorial Temis, 3ª edición, 5ª reimpresión, 2018. Pág. 3]. Así, en un proceso penal, el juicio de tipicidad debe hacerse desde dos perspectivas distintas: (i) La del tipo imputado; y (ii) La del tipo que se desprende del marco fáctico.

2.3) En ambas, se toma como punto de partida, la relación circunstanciada de los hechos. Para la primera, se verifica con el tipo penal propuesto, realizando un procedimiento de verificación o de descarte, según corresponda o no al tipo penal invocado. Para la segunda, se analiza el marco fáctico en abstracto y el Juzgador verifica si la narración se enmarca en uno u otro tipo penal. Además, se debe tener en consideración el planteamiento presentado por los abogados defensores en su escrito de contestación de la Acusación, en el cual, como en la Audiencia Preliminar, se hizo un pronunciamiento sobre el cambio de la calificación jurídica de la conducta imputada."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 75-ANTEJ-2019, fecha de la resolución: 05/11/2019

TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS

ETAPAS QUE IMPLICAN EL TRASLADO DE PERSONAS DE UN PAÍS A OTRO, NO OBSTANTE SER SUFICIENTE CON QUE DICHO TRASLADO SE INTENTE POR PARTE DEL SUJETO ACTIVO

"Tal y como se ha mencionado anteriormente, sobre este motivo de apelación, se han pronunciado tanto la representación del procesado […], así como de la señora […].

Sobre el primero se afirmó que el mencionado procesado no ha cometido la conducta que se le atribuye –relativa al tráfico ilegal de personas –porque en ningún momento ha existido contacto con la supuesta víctima, en donde se haya llevado a cabo algún trato en el que se afirmara un compromiso sobre el traslado fuera del país, o por medio de alguna ruta migratoria hacia algún destino.

En relación a la señora […] los defensores manifestaron que, no existe cumplimiento del elemento típico descrito en el artículo 367-A CP, pues al no haber llevado a cabo la señora J ni transporte, ni albergue, ni algún tipo de guía para evitar controles migratorios a la víctima, no es procedente –según su criterio – que se concluya que ha cometido el delito de tráfico ilegal de personas. Además, son enfáticos en decir que para el tipo penal mencionado se cumpla, es necesario que exista ánimo de lucro por a favor de la persona procesada, y al no existir el mismo por parte de la inculpada no es posible establecer que haya realizado dicha conducta.

c) Al consignarse tales argumentos por parte de los defensores de los imputados, esta Cámara –con el objetivo de resolver el motivo alegado –estima necesario realizar un análisis exhaustivo del tipo penal de Tráfico Ilegal de Personas, mismo que se encuentra descrito típicamente y sancionado en el artículo 367 CP (i), para luego señalar los aspectos que se encuentran debidamente acreditados en el presente caso, respecto de la conducta atribuida a cada uno de los vinculados en el proceso (ii); y que de esa forma se pueda concluir que si existe o no el vicio alegado (iii).

i. El delito de tráfico ilegal de personas, tal y como se ha establecido previamente, se encuentra regulado en el artículo 367-A CP, mismo que expone lo siguiente:

"La persona que por sí o por medio de otra, intentare introducir o introduzca extranjeros al territorio nacional, los albergue, transporte, guíe o realice actos de promoción, con el propósito de evadir los controles migratorios del país u otros países, será sancionado con prisión de seis a diez años.

En igual pena incurrirá la persona que por sí o por medio de otra, realice actos de promoción, albergue, transporte o guíe personas nacionales, con la finalidad de evadir los controles migratorios del país o de otros países.

Si la conducta descrita ocurre en personas menores de dieciocho años de edad o con discapacidad física, sicosocial, intelectual, sensorial, ciegas y sordas, indistintamente de la edad que estas últimas tengan, la pena a imponer será prisión de ocho a doce años, la cual también se aplicará si el autor fuere funcionario, empleado público o agente de autoridad.

En igual sanción a la establecida en el inciso anterior, incurrirá la persona o personas que con documentos públicos o auténticos de identidad o de viaje falsos hicieren salir del país a nacionales o extranjeros o cuyo titular sea otra persona.

Si como consecuencia de la comisión de cualquiera de las conductas descritas.

Este artículo, los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieren por causas violentas, o de naturaleza culposa, la pena se incrementará en las dos terceras partes".

A través de la lectura del tipo penal mencionado –específicamente en el inciso segundo –, se extrae que, para la comisión del mismo, no es requisito esencial que el traslado de un país a otro –mediante la evasión de controles migratorios –sea efectuado, sino que basta con que dicho traslado se intente por parte de los sujetos activos. Ahora bien, dicho intento no implica –necesariamente –una conducta activa en el traslado como tal, sino que basta con que se cumpla con una de las etapas que implica el traslado de personas de un país a otro, con la evasión del control migratorio.

Dichas etapas, establecidas por el Código Penal, son las siguientes:

Intentar introducir, introducir, albergar, transportar, guiar y promocionar"

CONDUCTA NO LLEVA IMPLÍCITA LA OBTENCIÓN DE DINERO, NI ES NECESARIO QUE LA INTRODUCCIÓN A PAÍS NACIONAL O EXTRANJERO SE HAYA COMPROBADO, DEBIDO A QUE BASTA CON SOLO HABERLO INTENTADO

"Tanto a personas extranjeras para introducirlas a territorio nacional, o incluso a nacionales para introducirlos en territorio extranjero. Además, cabe resaltar que dicha conducta no lleva implícita la obtención de dinero para llevar a cabo dichas acciones, lo cual quiere decir que, se obtenga o no beneficio pecuniario, es posible incurrir en la comisión del delito analizado.

Es más, no es necesario que la introducción a país extranjero o nacional se haya comprobado, sino que basta con que se haya intentado llevar a cabo dicha introducción, ya sea por medio del albergue, del transporte, la guía o la promoción. Como se dijo anteriormente, la obtención de dinero no es un elemento intrínseco de la conducta, sin embargo, ello podría servir como elemento corroborador de alguna de las conductas mencionadas.

Evidentemente se trata de un ilícito doloso, del cual se desprende la conciencia de voluntad de llevar a cabo una conducta que es constitutiva de delito, dichos elementos deben ser comprobados para establecer el grado de participación de la persona juzgada en el delito que se le atribuye.

Como sumatoria de los argumentos desarrollados, es preciso mencionar que el protocolo sobre migrantes (Protocolo de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire) de las Naciones Unidas, define el tráfico ilícito como "la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado de la cual dicha persona no sea nacional o residente permanente, con el fin de obtener un beneficio financiero u otro beneficio de orden material".

De aquí es posible señalar que dentro de la conducta del tráfico ilegal de personas, se encuentra latente el consentimiento de la víctima para que se le ayude a evitar los controles migratorios, para lo cual se debe de tomar en cuenta tanto el lugar de origen, como el destino; pues esa será la única manera de determinar el posible modo de operar por parte de la persona que afirma podrá llevar a cabo dicha labor delictiva.

Dicha característica hace que el delito sea una conducta que trasciende fronteras, convirtiéndose en un problema transnacional.

Cabe señalar que dicha guía no debe restringirse al acompañamiento de un traslado de una ruta a seguir para trazar el objetivo, sino que basta con que se lleven a cabo las conexiones necesarias, ya sea de lugares o entre personas, con los que se busque llevar a cabo el control migratorio de un país a otro. Dentro de todas esas conexiones, como regla general se lleva a cabo el intercambio de dinero por "servicio prestado" sin embargo, lo que es importante comprobar, es el conocimiento de que lo que se procura hacer es el traslado ilegal de una persona de determinado país a otro, con la promesa de que no será necesario el registro dentro del control migratorio que cada país tiene destinado para ello."

CORRECTA ACREDITACIÓN PROBATORIA RESPECTO A LA EXISTENCIA DEL DELITO Y LA PARTICIPACIÓN DELICTUAL DEL PROCESADO

"ii. Desarrollado lo anterior, es importante tomar en cuenta cada uno de los elementos con los que se cuenta en el presente caso, con los que se ha concluido que las personas procesadas han cometido el delito de tráfico ilegal de personas. Para ello, resulta de vital importancia verificar lo que consta en la sentencia impugnada […].

iii. Ahora bien, verificado lo que consta en el expediente judicial, como hechos acontecidos y acreditados, esta Cámara señala que, cada uno de los elementos derivados de las declaraciones, tanto de la víctima, como de las testigos; es posible corroborar cada una de las declaraciones por medio de factores como, los reconocimientos por medio de fotografías realizados en sede fiscal por parte de la víctima y la madre de la misma (quien la acompañó, tanto a la reunión sostenida con la procesada, como al momento en que la misma se disponía a iniciar el viaje con el imputado. En dichos reconocimientos, que se encuentran ubicados […], del expediente judicial, se obtuvo que ambos inculpados fueron debidamente identificados.

Mismo resultado se obtuvo de los reconocimientos de personas realizados tanto por la víctima como la madre de la misma, bajo el control judicial del Juzgado de Paz de Apopa, en donde ambas personas reconocieron a ambas personas. Dichos reconocimientos se encuentran ubicados […] del expediente judicial. Resalta el hecho que, en cada uno de ellos, se reconoció a cada uno de los procesados; sin embargo, es notable resaltar que, hasta ese momento, la víctima únicamente conocía al imputado como […], pero que al momento de realizar dicho reconocimiento coincidió con la información que ella misma dio, referente a la identidad del procesado; por lo que se concluyó que en efecto se trataba del señor […].

Una vez identificados cada uno de ellos, se colige que, en efecto la señora […] al momento de hablar con la víctima y su madre les manifiesta que conoce a una persona que es "buena en el trabajo solicitado", "que nunca le ha fallado" y "que nadie le ha puesto queja de él", refiriéndose al traslado y conexiones entre personas para llevar a una persona de un país a otro. Además, realiza un contacto directo con el procesado, y determina la cantidad a cobrar, siendo además, quien recibe la mitad del dinero solicitado, mismo que devuelve posteriormente bajo control policial.

Dicho acto coincide con el registro de retiro de la suma de […], de una cuenta a nombre de la víctima, el cual también guarda estrecha relación con las fechas mencionada con la víctima, pues ese dinero –como se expresó –fue enviado por el esposo de la víctima a su cuenta bancaria.

Además, mediante el informe pericial policial de cruce de información telefónica, ubicado […], en efecto ha existido comunicación telefónica entre el señor […] y la víctima.

De esta manera, la tesis de la defensa se encuentra desvirtuada, ya que respecto de la señora […] se estableció que no era posible atribuirle la comisión del delito de tráfico ilegal de personas, porque no había recibido dinero alguno. Sin embargo, no solo se ha comprobado la recepción de la mitad del pago, sino que además, se ha comprobado que tenía conocimiento de la persona que llevaba a cabo dicha actividad, horarios de los viajes que se realizaban y la forma que el mismo tenía para operar, y además, ha quedado evidenciado el contacto directo entre ella y el señor […]. Tan es así, que se realizó una llamada telefónica en el momento que se encontraba reunida con la víctima y su madre, con el objetivo de concretizar el acto del traslado. Por lo tanto, es posible afirmar que, respecto de ella, se comprueba la promoción y la guía para llevar a cabo el traslado de la víctima […]; y además, no ha existido la presencia de prueba alguna que desvirtúe lo dicho por cada una de las testigos.

Ahora bien, en relación a […], la defensa ha sido enfática en manifestar que, no ha existido ningún ofrecimiento de su parte para llevar a cabo la conducta. Evidentemente, al hacer relación a un ofrecimiento, se estima que de la misma se requiere una acción propia de ponerse a las órdenes de alguna u otra persona para la realización de cierto acto o servicio. En ese sentido, es pertinente afirmar que, en efecto, el imputado ha llevado a cabo conducta de ese tipo, pues a pesar que la comunicación –en primera instancia –no se realizó por el señor […], fue por medio de la señora […] lo cual implica que la misma se realice por interpósita persona.

No obstante, se ha comprobado mediante la prueba mencionada previamente, que a pesar de no llevar a cabo el primer contacto para "ofrecer sus servicios", si existió comunicación posterior, en donde se manifestó que se llevaría a cabo el traslado de la víctima hacia el lugar donde se encontraban otras personas que serían guiadas transportadas hacia los Estados Unidos de América. Además, estando dentro del vehículo en el que la víctima fue recogida en fecha veinticinco de agosto de o s mil dieciséis, le manifestó nuevamente dicho plan. Tan es así, que se le brindaron números telefónicos de contactos, tanto a la víctima como a la madre, a la primera para que siguiera el camino prometido, y a la segunda, para que supiera como se encontraba su hija durante el camino.

Es inevitable concluir, que el señor […], si bien es cierto no hizo el primer contacto, y tampoco ayudó a evadir control migratorio alguno; él formó parte del primer eslabón de transporte, traslado y guía; pues es quien además de tener conocimiento de la conducta realizar, sabía exactamente donde tenía que dejar a la víctima y conocía con quienes contactarla para que continuara el camino hacia el destino acordado. Dicha cuestión ha sido posible de corroborar por medio de la declaración anticipada de la señora […] quien afirmó que mientras se encontraba en el vehículo con el señor […], él realizaba llamadas con las personas a quienes les estaba encomendada la tarea de continuar el viaje.

Por lo tanto, en relación al procesado, también es posible concluir que ha existido conocimiento de la conducta desarrollada, pues participó en el transporte y en la guía de la víctima para que intentara ser traslada desde el territorio nacional a territorio extranjero.

En ese sentido, es posible concluir que, en ambos casos, tanto del imputado, como de la procesada, se ha aplicado correctamente el artículo 346-A CP, llevando a cabo el análisis adecuado de la prueba, de la que ha sido posible concluir la existencia del delito y la participación de los inculpados en el mismo, por lo que es procedente declarar no ha lugar los agravios alegados en este sentido por parte de los apelantes […]".

CONSIDERACIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES CON RESPECTO A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA Y EL PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE

"Con ambos planteamientos, es necesario que esta Cámara lleve a cabo una línea de solución acorde a las quejas suscitadas, es por ello, que en primer lugar, se desarrollarán líneas que sustenten lo relativo a las reglas de la sana crítica, con especial pronunciamiento al componente de la lógica, y específicamente del principio de razón suficiente (i), de esa manera, en segundo lugar, detallarán las pruebas que se cuestionan por la defensa (ii), y así, concluir con el análisis de cada caso en concreto, para darle una respuesta jurídica a los problemas expuestos (iii).

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 –en su conjunto –de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia. Implica que en la valoración de la prueba el juez adquiere a convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razona 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. Este mismo componente será analizado a detalle en posteriores pasajes de la presente resolución.

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 mismos.

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 una 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, por lo que 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 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.

Ahora bien, si dicha circunstancia no se presenta, bastará con analizar las razones expresadas por el Juez que justifican por qué decidió respaldar una tesis específica, y verificar su los mismos se encuentran apegado a lo que consta probatoriamente en el expediente, ello con el objetivo de corroborar que su análisis se encuentre debidamente apegado a las reglas de la sana crítica.

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 manera integral –, de la cual se obtiene el resultado de lo que se decidirá en el proceso."

LA INEXISTENCIA DE COMUNICACIÓN TELEFÓNICA EN LA TERMINAL DEL PROCESADO, EN RELACIÓN CON ALGÚN TELÉFONO DE LA VÍCTIMA, NO SIGNIFICA QUE SEA MOTIVO DE ABSOLUCIÓN

"ii. Concluido el análisis anterior, es imprescindible que esta Cámara detalle las pruebas con las que se cuenta en la presente causa, aclarando que se tiene que detallar la misma con estricto cuidado de relacionar la que vincula a cada uno de los procesados con cada una de las conductas.

ii.a. En ese sentido, respecto del señor […], a quien se le atribuye el delito de violación en perjuicio de la víctima […], se hace relación a la prueba pericial que consiste en el reconocimiento de genitales […] del Instituto de Medicina Legal.

Dicha pericia se encuentra ubicada […]. En dicho documento, a manera de conclusiones, se expuso lo siguiente: […].

ii.b. En cuanto a la señora […] se alega que de la prueba pericial de bitácoras de llamadas no es posible derivar que ella haya cometido el delito de tráfico ilegal de personas, sobre ello, resulta pertinente mencionar que, dentro del expediente judicial, específicamente […], se encuentra el informe pericial policial de cruce de información telefónica, en donde se analizó las bitácoras de los siguientes terminales: […].

Dicha pericia es perfectamente confrontable con los informes remitidos por las empresas telefónicas […].

Sobre dichas pericias, que son sobre las que recaen las quejas de los impetrantes, hay que resaltar que en ella no se encuentra relacionado algún número de teléfono que se encuentre abonado o a nombre de la señora […] no obstante en el acta de detención administrativa se describe que se le incautó un teléfono celular, no se llevó a cabo ninguna pericia sobre el mismo.

Dicha circunstancia no implica que se deba librar de responsabilidad a la procesada de forma automática, pues el hecho que no aparezca comunicación alguna de su teléfono al terminal del señor […], no implica que se deba emitir un pronunciamiento absolutorio, sin embargo, dicha circunstancia deberá ser resuelta por parte de este Tribunal de alzada en los siguientes párrafos."

SI EXAMEN PERICIAL DETERMINA LA INEXISTENCIA DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, NO IMPLICA QUE DICHO ACCESO HAYA SIDO CONSENTIDO

"iii. Habiendo relacionado lo relativo a la prueba pericial, esta Cámara considera necesario hacer referencia al análisis de la Jueza, respecto de la prueba que - ha cuestionado en favor de cada uno de los procesados, pues de esa forma se podrá identificar si la operadora de justicia ha llevado a cabo un análisis acorde a las reglas de la sana crítica.

"iii.a. Para proceder al objetivo delimitado en el párrafo anterior, se vuelve indispensable que se haga referencia a lo establecido por la administradora de justicia dentro del análisis desarrollado en la sentencia. De esa manera se observa que, en dicho documento, en cuanto al delito de violación, por el que se procesa al señor […], la juzgadora afirmó: […].

De todo lo anterior, esta Cámara advierte que, la Jueza del Tribunal Segundo de Sentencia de la ciudad de San Salvador, ha concluido que el delito de violación ha sido cometido por el señor […]. Dicha aseveración ha sido sustentada desde lo que se desprende de la prueba pericial que se presentó en el juicio, pues, en primer lugar, se cuenta con el testimonio de la víctima, quien afirma que existió un acceso carnal vía vaginal, el cual se dio de forma violenta, sin embargo, dicha violencia –de acuerdo a su declaración –se dio en momentos previos a la penetración, pues estableció que antes de llevar a cabo la misma, la lanzó a la cama, lo cual provocó un golpe en la cabeza, provocando falta de reacción en momentos posteriores; por lo que, se advierte que al momento en el que se llevó a cabo el acceso carnal no hubo resistencia alguna, pues del anticipo de prueba, en donde la víctima narró los hechos, se obtiene lo siguiente: [...].

Todo lo anterior, es posible de corroborar con el reconocimiento de genitales, mismo que fue cuestionado por los defensores, pues afirman que de dicho peritaje no se desprende alguna señal de violencia ejercida en contra de la víctima, sobre todo porque en el mismo se concluye que los desgarros que se evidencian son antiguos.

Ahora bien, en este punto se coincide con la operadora de justicia, pues el hecho que del dictamen pericial de reconocimiento de genitales no se desprenda que haya habido un acceso carnal violento, no implica que dicho acceso haya sido consentido, sobre todo cuando del testimonio de la víctima se desprende que hubo violencia durante los momentos previos a la penetración, pues ella misma es clara en mencionar que al momento en el que se ejecutó el acceso carnal, ella solo lo veía. En ese sentido, es posible coincidir con el argumento judicial respecto de dicha pericia. Además, si bien es cierto los desgarros que aparecían en el reconocimiento de genitales, eran antiguos, ello no implica que no haya habido penetración alguna, pues dichos desgarros son comunes, sobre todo en una persona con vida sexual activa, como es el caso de la víctima, lo cual se desprende del dictamen al que se ha venido haciendo referencia, en donde se plasma que la víctima lleva una vida sexual activa."

ELEMENTOS PROBATORIOS SE OBSERVARON CONFORME A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA, BAJO EL COMPONENTE DE LA LÓGICA Y EL PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE

"Además, respecto del hisopado vaginal, se alega que del mismo se desprende que no existe ningún rastro de fluido seminal en la víctima, por lo que –afirman –que no es posible vincular al procesado en la comisión del delito de violación. Como contraposición a ello, es posible afirmar que, dicha pericia puede ser complementada y corroborada con la declaración de la víctima, pues ella misma afirma:

"[...] dijo que solo quería complacerse, él le enseñó, cuando se salió terminó, echó semen verde en la cobija blanca y le dijo que eso era lo que quería, solo complacerse [...]".

Tomando dicho evento como punto principal se advierte que en el peritaje de hisopado vaginal no se encontró residuo alguno de fluido seminal, sin embargo, esta Cámara colige que dicha ausencia puede deberse a que dicho fluido no fue secretado al interior de la vagina, por lo que es posible que el resultado de la pericia sea el obtenido en las conclusiones previamente señaladas. Dicha deducción no implica que el señor […] no haya cometido el delito de violación en contra de la señora […]; sino que, al contrario, dichas pruebas se complementan a cal andad con la declaración de la víctima. Además, al analizarse de forma integral con el resto de prueba pericial es posible colegir que –en efecto –la víctima ha sido objeto del de delito de violación, por lo que se concuerda con el análisis judicial, el cual, respecto de la prueba alegada se han observado correctamente las reglas de la sana crítica, bajo el componente de la lógica, en el principio de razón suficiente, pues se han expuesto los motivos que permiten concluir que el señor […] ha cometido el delito de violación."

INEXISTENCIA DE REGISTRO MIGRATORIO NO IMPLICA QUE NO SE HAYA COMETIDO EL TIPO PENAL ATRIBUIDO, DEBIDO A QUE LA NATURALEZA PROPIA DEL DELITO ES LA EVASIÓN DE CUALQUIER CONTROL FRONTERIZO

"En cuanto al delito de tráfico ilegal de personas (que también se le atribuye al imputado en cuestión), la defensa ha afirmado que no es posible adoptar la tesis que el señor […]. lleva dedicándose al tráfico ilegal por veinte años. Lo anterior en razón que no consta ningún registro migratorio que compruebe su salida del país, y que además, se trata de una persona que "no ha tenido otros problemas legales, y de acuerdo a ello "no es posible que haya cometido dicho delito".

En relación a dicho argumento se destaca que esta Cámara en jurisprudencia previa ha afirmado que [...] el delito de tráfico ilegal de personas conlleva una conducta tendiente a evadir los controles migratorios, por lo que en principio no será posible comprobar que se han realizado salidas del territorio nacional mediante informes oficiales de las instituciones competentes [...]"(Sentencia de las nueve horas con cuarenta y dos minutos, del dieciséis de abril de dos mil dieciocho, en expediente marcado con la referencia 387-2017-5).

Se manifiesta también, que no es aceptable el argumento expuesto por los defensores, pues si el mismo se adoptará, sería posible creer que cualquier persona que ha salido muchas veces del país, dejando su registro migratorio, ha cometido el delito de tráfico ilegal de personas. Con ello se respalda el hecho que, si bien es cierto no existe registro migratorio, no implica que no haya cometido el delito que se le atribuye, sobre todo, cuando la naturaleza del mismo es la evasión de cualquier control en fronteras.

Tampoco es aceptable la tesis que, porque no cuenta con dicho registro, en efecto, ha cometido el delito en mención. Sin embargo, en el presente caso se ha concluido en apartados anterior, que el señor […] es responsable de la comisión de dicho delito por el hecho de ser quien guío a la señora […] al contacto con las personas que se encargarían del traspaso entre fronteras, además de ser el enlace entre la víctima y los mismos, y conocer a cabalidad el modo de operar de dicha actividad, por lo que se concluye que existen razones suficientes para advertir que el imputado formaba parte de uno de los eslabones importantes en el tránsito de la persona con ánimos de llegar a otro país sin ser sometida al control migratorio exigido."

ELEMENTOS PROBATORIOS PERMITEN IDENTIFICAR LA PARTICIPACIÓN DELICTUAL DEL PROCESADO EN LA COMISIÓN DELICTIVA QUE SE LE IMPUTA

"iii.b. Como consecuencia necesaria de lo anterior, es obligatorio, verificar el argumento judicial en cuanto a la vinculación de la procesada en la comisión del delito de tráfico ilegal de personas por parte de la señora […] por lo tanto, en relación a ello, la Jueza dijo: [...].

De lo expresado por la Juzgadora en la sentencia, resalta el hecho que, no relaciona algún peritaje de extracción de bitácoras de llamadas que relacione la llamada mencionada entre la acusada y el imputado. Ahora bien, se enfatiza que es imposible llevar a cabo una relación al peritaje de extracción de bitácoras de llamadas, en razón que en ningún momento se llevó a cabo dicha pericia sobre el terminal incautado a la procesada.

Aunado a ello, tampoco resulta ser el elemento principal por el que la operadora de justicia estima que la imputada ha cometido el delito de tráfico ilegal de personas, pues ha considerado suficiente el hecho que la víctima haya descrito que fue la señora. […] quien además de recomendar al señor –que en un primer momento era conocido como […]–ya conocía las rutinas y horarios de viaje, fechas exactas, y la forma de proceder en los mismos, ya que tenía el conocimiento de, cuál era la indumentaria que tendría que preparar para llevar en el viaje; y además, fue ella quien se encargó de la primera parte del pago, mismo que se volvió el único pago, por haber exigido la víctima el reintegro del mismo. Dicho aspecto deja al descubierto que –en efecto –ha existido comunicación previa entre los procesados, que si bien es cierto no se ha vinculado dicha comunicación vía telefónica, no implica que no se haya dado la misma por algún otro medio; tan es así que –como se relacionó previamente –conocía cada detalle del transporte de personas hacia otro país, lo cual ha sido el elemento sustancial y trascendental para vincular a la señora […] con el delito de tráfico ilegal de personas.

En este punto vale la pena aclarar que, si bien es cierto se ha tomado como prueba para concluir en la participación de la procesada en la comisión del delito atribuido a su persona, la declaración tanto de la víctima como de la madre; el hecho que ostenten una calidad "interesada" en el proceso, sus intervenciones han cumplido con los estándares exigidos para que sea posible dejar de lado la posibilidad que su exposición sea creíble.

En relación a ello, Carlos Climent Durán, en el libro "La Prueba Penal", 2da Edición, tomo II, ante la situación que el testimonio con el que se cuenta se trata de la declaración de la víctima y de algún pariente de la misma, expone que dichas declaraciones no deben ser excluidas de forma automática, sino que se requiere un análisis minucioso para concluir sobre la credibilidad de ellas. Es por ello que afirma:

"Cuando es llamado a declarar quien ha sido víctima del delito, sobre tal testigo pesa la sospecha de que su testimonio no es tan aséptico e imparcial como pueda ser la declaración de cualquier otro testigo presencial del delito que no ha sufrido ningún perjuicio por razón del mismo.

Precisamente por esto se hace preciso apurar el análisis valorativo de su testimonio, a fin de comprobar si es realmente cierto lo que afana o si, por el contrario, se declaración está impulsada por algún motivo espurio de resentimiento, odio, venganza, enemistad, etc. Asimismo se ha de verificar si sus manifestaciones son constantes y reiteradas, o si cambian más o menos caprichosamente en cada ocasión que la víctima comparece a declarar ante la presencia judicial, lo que puede ser un dato indicativo de su falta de sinceridad.

Se trata, en definitiva, de valorar la credibilidad de la víctima. Y para esto lo más acertado es comprobar si la declaración de la víctima está rodeada del máximo de objetividad posible, analizando cuantos datos o indicios permitan confirmar la realidad de la declaración incriminatoria de la víctima.

Se examinará, ante todo, la aptitud que las declaraciones testificales de las víctimas tienen para ser consideradas como pruebas de cargo, y, por tanto, para poder destruir la presunción de inocencia".

Dentro del presente caso, se advierte que cada una de las personas que han declarado, específicamente, la víctima y su madre, no se han dejado impulsar por algún motivo que aleje su declaración de la verdad. Lo anterior se afirma porque cada una de sus declaraciones han sido constantes; y en el caso de la víctima, a pesar de haber sido reiteradas (en la denuncia, en sede fiscal, en el Instituto de Medicina Legal y en la declaración anticipada), no han sido incongruentes entre sí, por lo que no se desprende la existencia de algún atisbo de declaración caprichosa, logrando así un indicativo suficiente de sinceridad. Cabe aclarar que, aún y cuando haya interés, tampoco se ha acreditado la existencia de algún móvil espurio tendiente a perjudicar a los procesados.

Bajo esa perspectiva, la forma en la que cada una ha declarado, permite identificar claramente la participación de la imputada en la comisión del delito de tráfico ilegal de personas, misma que –como se dijo previamente –sobre pasa los límites de la existencia de una comunicación vía telefónica entre los procesados, máxime cuando no se ha llevado a cabo ninguna pericia sobre el terminal incautado a la señora […]. No obstante, existen otros elementos que permiten vincular a la incautada en la realización de la conducta que se ha venido identificando.

De esta manera, esta Cámara concluye que no es procedente acoger la queja de los abogados defensores en cuanto al presente motivo, concluyendo que, la operadora de justicia ha observado adecuadamente las reglas de la sana crítica, en el componente de la lógica, bajo el principio de razón suficiente."
Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 25-2019, fecha de la resolución: 21/05/2019

VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS SIMPLES

PRESUPUESTOS DE CUMPLIMIENTO PARA OTORGAR UNA EXCEPCIONAL VALORACIÓN

"Respecto a ello debe decirse que la confiablidad de un documento de cualquier tipo (público, auténtico o privado) deviene del grado de credibilidad que genere sobre la información que en él se consigne, es decir, sobre los datos de la realidad en él plasmados. Es por ello que, cuando nos encontramos frente a documentos originales, en el desarrollo de un proceso penal, el Juzgador puede certeramente darle crédito a lo que ellos expresan, hacen constar o constituyen.

Siendo esa condición de originalidad la que permite dotarle de confiabilidad y certeza.

Sin embargo, como se indicó en el Inc. 262-11-3, ello no sucede con:

"[L]o*s documentos copiados por cualquier medio - transcripción o fotostática - de los cuales se desconoce el nivel de concordancia o conformidad que presentan con el original, generando un estadio de duda, inhibiéndo así su utilización para construir hechos con ellos"* (Auto de- las 12:09 horas del 8 de noviembre de 2011).

Sin embargo, hay una excepción a dicha regla (prohibición de valoración de copias) precisamente la consignada en el art. 247 pr.pn., disposición que literalmente establece:

"Serán admisibles las copias de documentos, siempre que el original se haya extraviado o destruido, que no exista posibilidad de su reemplazo y que quien ofrece la copia, pruebe la conformidad con aquél y su falta de disponibilidad".

De ahí que la posibilidad de valoración de copias viene precedida del cumplimiento de dos supuestos: *que el documento original se haya extraviado, destruido, no existiendo la posibilidad de reemplazarlo* (a), y que *la parte que ofrezca la copia* (para su valoración en Juicio), *logre demostrar que la copia es fiel reflejo de la original, encontrándose ésta indisponible* (b)."
Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 011-2019, fecha de la resolución: 21/01/2019

VALORACIÓN DE LA PRUEBA

CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES

"2.- En relación a la valoración de la prueba, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas ocasiones ha indicado:

" [...] El juzgador es libre en cuanto al valor probatorio que le dé a la prueba; sin embargo, está limitado por el deber de expresar las razones de hecho y de derecho en que fundamenta sus decisiones. Esto constituye una garantía fundamental del derecho a impugnar aquellas resoluciones que no parecieran estar ajustadas a los principios previamente establecidos por el legislador con el fin de evitar la arbitrariedad [...]". (Sentencia de las nueve horas del día veintiuno de enero del año dos mil ocho, ref. 57-CAS-2007)

Seguidamente, también ha argumentado: " [...] La valoración probatoria conforme el proceso penal salvadoreño [Sana crítica] no ata a los juzgadores de forma alguna a un número de pruebas para poder tomar una decisión; por el contrario, este método de apreciación permite a través de su flexibilidad llegar a una conclusión con un mínimo de actividad probatoria, media vez tenga la entidad suficiente como para convencer al Juez sobre los elementos que presenta y, que éste justifique razonablemente sus conclusiones de forma coherente y escalonada [...]".(Sentencia de las nueve horas tres minutos del día quince de junio del año dos mil nueve, ref. 281-CAS-2008)

En un lenguaje común, la prueba forma parte esencial del proceso de verificación de una determinada afirmación; lo anterior quiere decir, que si se dice que una persona es responsable por determinado hecho, probar tal afirmación sobre su actuación, consistirá en verificar que efectivamente haya realizado dicha Conducta

Jurídicamente, el examen de 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 por medio de las partes, todo en aras de confirmar o desestimar el cuadro fáctico presentado. En virtud de ello, al ser esta actividad intelectiva respaldada por las leyes de la lógica, se habla entonces del sistema de la sana crítica racional.

De los juicios de valor vertidos por las partes que resulten desestimados o respaldados por la actividad probatoria desenvuelta frente al juzgador, necesariamente se configuran los argumentos judiciales acerca de la construcción de verdad procesal que apunta a una razón suficiente en relación a los hechos objeto de controversia."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 110-2019, fecha de la resolución: 28/05/2019

CONSIDERACIONES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL PRINCIPIO DE LIBERTAD PROBATORIA

"(…) en materia de valoración de la prueba el legislador ha establecido en los artículos 176 y 177 del Código Procesal Penal, el principio de **libertad probatoria** que opera en el proceso penal, estableciéndose que los hechos pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, siempre que se respeten las garantías fundamentales consagradas en la Constitución y demás leyes, no siendo exigible por tanto un medio de prueba específico para acreditar un hecho delictivo y la participación, pues décadas atrás quedó sin vigencia el sistema de prueba tasada, en el cual se establecía que si no se cuenta con determinada prueba, el caso no se acreditaba.

Véase que conforme a lo dispuesto por el Art 179 y principalmente para el caso en el Art. 394 inciso primero pr.pn., se parte de la premisa que el juez es libre para hacer la apreciación de la prueba en su conjunto y de conformidad a las normas de la sana crítica, sin que ello sea sinónimo de arbitrariedad, debiendo entonces analizar todos los medios de prueba para concluir en su análisis si se ha acreditado o no el delito y si se ha probado bajo certeza positiva la participación del imputado en el mismo, ya que el juez no está sometido a controles que prefijen el valor de las pruebas, sino que es libre para apreciarlas en su eficacia, con el único límite que la prueba sea lícita y su juicio sea razonable.

Además es de señalar, que tenemos jurisprudencia que analiza que el sistema de libre valoración permite según las circunstancias del hecho, que se pueda condenar con un solo testigo, sumado a que en este caso se cuenta con otro tipo de soporte probatorio; es así que la **Sala de lo Penal**, en sentencia bajo Ref. 281-CAS-2008, de fecha 15 de junio de 2009, dijo: "*La valoración probatoria conforme el proceso penal salvadoreño (sana crítica) no ata a los juzgadores de forma alguna a un número de pruebas para poder tomar una decisión; por el contrario, éste método de apreciación permite a través de su flexibilidad llegar a una conclusión* ***con un mínimo de actividad probatoria,*** *media vez tenga entidad suficiente como para convencer al juez sobre los elementos que presenta y, que éste justifique razonablemente sus conclusiones de forma coherente y escalonada".*

Otra sentencia más reciente de la Sala de lo Penal es la bajo Ref. **197C2015, de fecha 15 de enero de 2016, en donde dijo: "** *Esta Sala enfatiza en que la fuerza de las pruebas en materia penal se* ***basa en el respeto a los principios de Libertad Probatoria y aplicación estricta de las reglas de la sana crítica,*** *en donde* ***no existe ni un mínimo*** *ni un máximo* ***para tener por demostrado un hecho concreto atribuido a un presunto autor o partícipe,*** *por lo que se está ante un supuesto de calidad y no de cantidad probatoria, a fin de que las* ***inferencias*** *extraídas por el juzgador resulten lógicas y ajustadas a las máximas del correcto entendimiento humano, siendo determinante el análisis concreto del caso, con los elementos apostados para su demostración, los que deben ser valorados concediendo a las pruebas el mérito que la experiencia, la psicología y la lógica le señalen y en tal operación debe el juzgador someter al análisis crítico todo elemento de prueba";* (Lo resaltado es de esta Cámara).

De igual forma otra sentencia en la misma línea es la bajo Ref. 178-C-2004, en la cual se analizó lo siguiente: "*Si bien es cierto en la sana crítica* ***no se toma en cuenta el número de testigos,*** *sino su dicho, al grado que* ***uno solo puede ser suficiente*** *para comprobar un extremo alegado…*"

Cámara de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, número de referencia: 248-P-18, fecha de la resolución: 04/01/2019

CONSIDERACIONES SOBRE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

"El presente estudio, estará compuesto por **(1)** ligeras consideraciones sobre las Reglas de la Sana Crítica, con especial énfasis en el principio lógico de Razón Suficiente; posteriormente, se pasara a **(2)** estudiar la argumentación

judicial a efecto de constatar el supuesto vicio alegado, finalizando con **(3)** la conclusión del estudio, determinando la existencia del vicio, caso contrario se confirmara la decisión del Tribunal de Sentencia.

1. La **Sana Crítica** puede definirse como el método instituido por el legislador en los art. 179 y 394 parr. 1 CPP, para el análisis de los elementos probatorios producidos en Juicio, que debe resultar congruente con la racionabilidad humana con la finalidad de determinar la responsabilidad penal o su ausencia.

Al haberse seleccionado este método de valoración la doctrina se ha encaminado por exigir elementos básicos a tomar en cuenta por el juzgador [AAVV, "Villar, La prueba. La prueba en el proceso penal", Tomo III, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017 Pág. 447]:

-Necesidad de una mínima actividad probatoria de cargo, practicada con las debidas garantías.

-La apreciación lógica de la prueba, con arreglo a las máximas de la experiencia objetivas que se aplican respecto de pruebas válidamente practicadas.

-La falta de prueba de cargo o de prueba de cargo válidamente obtenida o practicada debe implicar la absolución, independientemente de la convicción personal del juzgador.

-La valoración de la prueba debe de motivarse en la sentencia, a fin de que puedan controlarse por tribunales de alzada los criterios racionales y las máximas de experiencia empleadas.

Los componentes de este método son la *Lógica Jurídica, Psicología y Máximas de Experiencia.*

La Lógica Jurídica es el examen que realiza el juzgador de los datos de forma dialéctica por medio de los principios de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente; la identidad significa que una cosa solo puede ser igual a sí misma; la contradicción prevé que una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarías entre sí; **la razón suficiente** que es de interés en el presente caso, significa que las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia, este principio, deviene de la ley fundamental de derivación, establece que cada uno de los elementos del, pensamiento que se encuentran relacionados entre sí, debe provenir el uno del otro. En atención al referido principio, todo juicio, 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).

Igualmente dicho principio ha sido desarrollado ampliamente por la Sala de lo Penal, ejemplo 455-CAS-2010, del 12-III-2013:

"[...] que del supuesto que establece la ley de la derivación, del que se extrae el principio lógico de **razón suficiente,** enuncia: "Que todo juicio, para ser realmente valedero, necesita de una razón suficiente, que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con pretensión de verdad"; este principio lo cumple el

Juez cuando su razonamiento está formado por deducciones razonables, surgidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones que se van determinando con base en ellas, es decir que los sentenciadores para sustentar su decisión respecto del comentado elemento de la efectiva lesión del bien jurídico tutelado debieron verificarlo en base a la prueba que fue legalmente introducida en el proceso [...] "

Por último el tercero excluido es un método de —separar- el cual significa que si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes.

La Psicología es la ciencia destinada a estudiar el comportamiento humano, resulta de alta colaboración para el juzgador dentro del proceso penal como una técnica auxiliadora en diversas áreas probatorias, principalmente en análisis de las deposiciones testificales.

Por último, las Máximas de la Experiencia según Stein —citado en el libro de Villar (Idem) son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez por otros nuevos.

En el campo de la valoración probatoria, aparte de ser un mecanismo que ayude a comprobar o rechazar los hechos, debe de verificarse todos los elementos recabados y admitidos en juicio, es decir prueba de cargo y descargo, resultando necesaria no únicamente la aplicación de las reglas de la sana crítica, en iguales términos la fundamentación de este apartado debe ser coherente, pues lo que pretende este sistema acusados por inexistencia."

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SE DESTRUYE CON UNA CORRECTA VALORACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA SOMETIDOS A JUICIO

"2. Aplicando los anteriores consideraciones, al estudio de la argumentación sobre la valoración probatoria, es importante resaltar, que no obstante la defensa ha alegado una Inobservancia al Principio Lógico de Razón Suficiente, de la transcripción de la sentencia absolutoria se reflejan elementos de prueba que abonaron al vencimiento de la presunción de inocencia del imputado [...].

Al respecto, tal y como lo desarrolló el Tribunal de Sentencia, se contaba con la declaración de la víctima clave "JOB", quien manifestó la forma en que su vehículo fue robado por dos sujetos, señalando que los hechos habían sucedido el veintinueve de julio de dos mil diecisiete, en los alrededores del centro comercial Unicentro, en el municipio de Soyapango, que dichos sujetos lo amenazaron con un arma de fuego, posteriormente lo bajaron en una zona que el denomina como "puente Ticsa". Asimismo el acta de denuncia en sede policial, en donde expuso las características de su vehículo placas **********, marca KIA, modelo Spectra, año 2006, color negro, fs. 252.

Agregado a esto el Tribunal de Sentencia, relacionó el reconocimiento en rueda de personas, que consta a folio 99, dicha valoración se constata en las

páginas 14 y 15 de la sentencia condenatoria, al verificarse el reconocimiento, se establece plenamente, que la víctima clave "JOB", reconoció al imputado *"respondió en sentido **positivo** y señaló al número **tres** de izquierda a derecha, quien al ser preguntado por su nombre manifestó llamarse [...], por lo que el imputado si fue reconocido por el testigo **clave "JOB".***

Igualmente, es concluyente, respecto de la declaración de los agentes captores, la cual es congruente con el acta de captura de fs. 10, realizada en Décima Avenida Norte y Calle Cinco de Noviembre del municipio de San Salvador, departamento de San Salvador, por los agentes [...] y [...], quienes hicieron mención de los imputados [...] y [...]**.** Manifestando el agente [...], **que quien conducía el vehículo con reporte de robo era el señor [...]**, haciéndoles registro preventivo, asimismo informando sobre su captura por la conducción de un vehículo con reporte de robo.

En razón de la valoración de los anteriores elementos, se destaca en la página 17 de la sentencia condenatoria, la conclusión:

*"[...] Ha de concluirse que en el presente caso, se ha ejecutado y consumado en dos momentos, el primero-ROBO DE AUTOMOTOR, **sucedido el veintinueve de julio del dos mil diecisiete, en horas de la noche,** cuando despojaron a la víctima con amenaza de arma de fuego del vehículo **********, color negro, marca KIA SPECTRA, color negro, en ese momento la víctima se encontraba parqueado en un redondel cercano al Centro Comercial Unicentro de Soyapango, apoderándose en ese instante del vehículo y el dominio del volante [...], quien previamente le había obligado bajo amenaza de un arma de fuego que le quitara el seguro a la puerta del motorista, donde se encontraba la víctima, obligándolo a que se bajara y se pasara a la parte o asiento trasera del vehículo en mención. [...]*

[...] Al escuchar el testimonio de la víctima y contrastarla con el contenido de las actas de reconocido [SIC] en rueda de personas según folio 99, el cual reconoció [...], y al segundo sujeto, lo reconoció con el nombre [...] reconocido en rueda de personas según folio 385 del contenido y de su lectura de dicha acta se determina que [...] fue el segundo sujeto que llegara también con un arma de fuego al momento de apoderarse del vehículo, se sentara a la par de la víctima en el mismo asiento trasero, quien le pusiera la toalla en la cabeza de la víctima, entonces por exclusión se concluye que [...], fue el primer sujeto que llagara [SIC] donde se encontraba la víctima dentro de su vehículo, le amenazara con arma de fuego para que le quitara el seguro a la puerta del automóvil, quien sentara y tomara el control del volante del vehículo y quien lo condujera en todo el trayecto hasta que bajaron a la víctima del automóvil, quedándose en poder el automóvil los dos acusados, hasta que este fuera recuperado por agentes de la [P]olicía [Nacional [C]ivil dos días después o sea el treinta y uno de julio del dos mil diecisiete en horas de la tarde

El segundo momento del hecho sometido a juicio y que se ha probado en el juicio, y que tienen interrelación e identificación con el primer momento, en el cual se ejecutó y consumó el robo del vehículo P**********, color negro, marca KIA SPECTRA, color negro [SIC], esos dos momentos delictivos que se exponen en el presente caso existe identidad uno con el otro sucediendo que dos días del pues del robo del vehículo" antes descrito [...] "

De lo anterior puede comprenderse que contrario a lo expuesto por la defensa particular, el Tribunal de Sentencia ha valorado los elementos de prueba sometidos a juicio, entrelazando las probanzas a efecto de determinar la participación del imputado [...], siendo determinantes para esto, el **reconocimiento en rueda de personas** el cual fue un señalamiento directo por parte la víctima clave "JOB" en manifestar que dicho imputado fue quien robo su vehículo, y posteriormente la declaración y acta de captura de los agentes captores, quienes dos días después del hecho cometido, lograron localizar el vehículo robado, especificando que la persona que lo conducía era el señor [...].

En ese sentido, no es cierto, el hecho que no existan probanzas a efecto de tener por cumplido el principio lógico de Razón Suficiente, el cual ha sido analizado de forma completa por el Tribunal inferior."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 22-19, fecha de la resolución: 03/04/2019

EL JUZGADOR ESTÁ SUPEDITADO A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

"En lo que corresponde al primer motivo de apelación, hay que señalar que el Art. 179 Pr. Pn., instituye la forma en que el Juez penal ha de valorar los elementos probatorios, utilizando el Principio de Libre Valoración de la Prueba, pero tal facultad queda supeditada al uso de la misma con base en las reglas de la Sana Crítica, pero además a la obligación de motivar la asignación del valor o desvalor que sea otorgado a cada uno de los elementos de prueba que han sido inmediados, así como el imperativo que éstos sean estimados de forma conjunta y armónica con todos los demás medios probatorios.

Es precisamente, con la valoración de los elementos probatorios que se cumple con el principio procesal de la verdad real, pues el sentenciador verifica ese proceso de reconstrucción histórica del hecho acusado, a efecto de determinar al autor de esos actos constitutivos de delito, razón por la que adquiere importancia esa estructura de argumentos consignados en el proveído, que buscan justificar de manera lógica y derivada, las conclusiones emanadas de ese proceso ponderativo de cada medio de prueba.

Esa potestad de libre apreciación de las pruebas, como antes se dijo, no es irrestricta, pues ha de someterse a justificar la elección y asignación del valor otorgado, es decir, es imperativo valorar la masa probatoria, exponiendo los motivos por los que se le adjudica o se les niega valor, de tal manera que la omisión de apreciar una prueba introducida legalmente en el juicio, que de haber sido considerada pudiese conducir a una conclusión diferente a la que se arribó, constituye lo que en doctrina se denomina *"selección arbitraria del material probatorio"*, siempre y cuando la excluida tenga carácter decisivo, pues si carece de eficacia su exclusión no afectaría la fundamentación.

También en el precedente con referencia P-93-PC-SENT-2018-CPPV, reseñando jurisprudencia de la Sala de lo Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, hemos sostenido que: "…Se infringe la Sana Crítica cuando no se tiene en cuenta la perspectiva global de la prueba disponible como objeto de valoración, ya que ese abordaje sesgado y abstraído de las repercusiones epistémicas

derivadas de sus relaciones con otras pruebas, incidirá en la definición del hecho acreditado y con alta probabilidad en el sentido de la decisión jurisdiccional correspondiente, la cual podrá variar sustancialmente en proporción al grado dirimente de la específica prueba sobre la que haya recaído el error inferencial (…) Además, la omisión en la valoración de los elementos probatorios afecta las reglas del correcto entendimiento humano y de forma puntual el Principio Lógico de Razón Suficiente, ya que constituiría un caso de selección arbitraria de la prueba, que conllevaría a que la decisión adoptada no esté sustentada, en virtud de no ser producto de las deducciones emanadas del desfile probatorio en su conjunto…" "
Cámara de la Tercera Sección del Centro, número de referencia: P-361-PC-SENT-2018-CPPV, fecha de la resolución: 04/02/2019

PARA DESTRUIR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEBE EXISTIR PRUEBA DE CARGO SUFICIENTE

"**Número 3:** El Fiscal apelante considera que el Juez Inobservó las Reglas de la Sana Critica, al haber restado credibilidad probatoria a la prueba de cargo, especialmente a la testimonial; la cual a criterio del Juzgador no cuenta con los medios periféricos de corroboración, que establezcan el hecho acusado; y que si bien es cierto no fue desacreditada, se contó con prueba de descargo que establece una versión diferente de los hechos, con lo cual se genera un estado de duda razonable en favor del procesado, razón por la cual declaró su absolución.

"Número 4: El Principio de Duda adoptado por el Juez sentenciador, se encuentra regulado en el Art. 7 CPP, el cual establece: *"En caso de duda el juez considerará lo más favorable al imputado".* Esta regla debe ser entendida como una garantía constitucional derivada de la presunción de inocencia, consagrada en el Art. 12 CN., cuyo ámbito de eficacia es el de la fijación de los hechos en la sentencia penal, pues exige que el tribunal alcance la certeza sobre todas las circunstancias de la imputación, como presupuesto para la aplicación de la ley penal. Esta máxima es una regla de decisión, en cuanto permite poner fin al proceso, cuando no se haya alcanzado la certeza sobre la conducta del imputado que constituye el objeto del juicio.

Número 5: La garantía *Indubio pro reo* viene a ser un equilibrio racional en el proceso, porque si el Estado a través de la acción oficial y en plenitud de los medios investigativos, ha constreñido a una persona a someterse a la relación jurídico penal y no alcanza a determinar la verdad de la imputación se encuentra imposibilitado de pronunciar una condena en su contra; es por ello, que para destruir la presunción de inocencia de una persona, debe existir prueba de cargo suficiente que permita un conocimiento certero que la persona imputada, es quien ha realizado o tenido participación en el delito de manera individual o en compañía de otros."

"Número 10: La prueba testimonial relacionada, evidencia que existen dos versiones diferentes en cuanto a la forma, lugar y motivos de la captura del procesado; ello implica que al momento de valorar la prueba, el juez debe realizar un mayor esfuerzo para arribar a una decisión, ya que debe apreciar la prueba en su conjunto. Si de esos elementos probatorios, la tesis acusatoria concuerda

se procederá a la condena, si los elementos resultan insuficientes se procederá a la absolución, empero y si la prueba resulta ambigua y no se puede arribar a ningún estado de certeza, procede la absolución por duda, en aplicación al principio de indubio pro reo."

LA PRUEBA TESTIMONIAL DEBE CUMPLIR DETERMINADOS REQUISITOS

"Número 11: Los requisitos que debe el Juez valorar y que debe reunir la prueba de cargo se refiere tanto a la persona del declarante son: ausencia de incredibilidad subjetiva en la declaración, es decir que tenga credibilidad, firmeza o perseverancia a lo largo del proceso, así como corroboración mediante datos objetivos.

Número 12: En la ausencia de incredibilidad subjetiva, también es importante constatar que no existan razones de peso para pensar que el imputado o la presunta víctima, presten su declaración inculpatoria o exculpatoria, movidas por razones de venganza, obediencia, móviles exculpatorios que nos hagan dudar de la declaración.

Hay que atender a las características propias de la personalidad del declarante, su desarrollo y madurez mental.

Número 13: Sobre la corroboración de las declaraciones con datos objetivos, está sujeto a ciertas condicionantes: a) Que la declaración presentada no resulte fantasiosa o increíble, por no ajustarse a las reglas de la lógica o de la experiencia común; b) Que las declaraciones inculpatorias o exculpatorias se mantengan firmes a lo largo del proceso, que no se modifiquen sustancialmente, que no presente ambigüedades e incoherencias.

Número 14: En el caso de autos, el juez A quo, consideró que la prueba producida en el juicio y especialmente la testimonial, no permitía arribar a un estado de certeza respecto de la culpabilidad o inocencia del procesado, por existir dos versiones antagónicas respecto de cómo sucedieron los hechos; adicional a ello, consideró que la prueba testifical de cargo, no cuenta con elementos periféricos corroborativos y que de acuerdo a la doctrina, citando a Carlos Climent Duran, en las declaraciones de los agentes policiales se logra advertir un interés por obtener una sentencia de condena, por lo que ellas conllevan una sospecha de parcialidad sobre lo que declaran.

Número 15: En el incidente de apelación, 307-SA-2018 (1), esta Cámara dijo: *"la Policía Nacional Civil, es un ente auxiliar de la administración de justicia, que colabora en la investigación del delito, razón por la cual parte de su personal [área de investigaciones] participan de determinados actos investigativos que necesariamente requieren su participación directa, tal es el caso de las entregas bajo cobertura policial, lo cual los vuelve testigos directos en atención a sus funciones, pero ello no indica per se, que su interés de declarar en juicio sea contribuir a conseguir una sentencia de condena o sea un interés basado en un interés personal o espurio para ello, sino que su participación es accidental en atención a sus funciones policiales, pues de sostenerse lo expresado por el Juez en su sentencia, ningún elemento policial pudiese ser testigo, por presumirse un interés en obtener una condena para cualquier procesado". […]"*

DEBE REALIZARSE UNA VALORACIÓN INTEGRAL DE TODOS LOS MEDIOS PROBATORIOS

"Número 19: Debe considerarse también que la prueba de cargo no solo ha sido testimonial, sino también se ofreció y admitió prueba documental y pericial, esta última consistió en el análisis físico químico, realizado a la supuesta droga encontrada en poder del imputado, la cual según dicho dictamen, correspondía a doscientas dos porciones, con un peso de 147.8 gramos y un valor comercial de $168. 49 dólares, a la cual el Juez A quo, únicamente hace referencia -Considerando 25- sin realizar ninguna ponderación respecto a lo que dichos medios de prueba le aportan, lo cual significa una deficiencia en la fundamentación.

Número 20: Finalmente, el juez ha obviado referirse a un medio de prueba tan importante como lo es la prueba pericial, la cual constituye un elemento esencial para establecer la existencia del delito, la cual no ha sido desacreditada, y el análisis del Juez sentenciador, se limitó exclusivamente a la prueba testimonial, lo cual conlleva a establecer la existencia del vicio de la sentencia invocado por la Fiscalía General de la República, relacionado con la inobservancia de las reglas de la sana crítica respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo.

Número 21: Conforme lo expresado, en la sentencia absolutoria recurrida, el Juez A quo, ha realizado una valoración en la cual ha inobservado los requisitos que antes se apuntaron, por lo cual es procedente estimar la apelación presentada, accediendo a la pretensión fiscal, pero no en el sentido de dictar una condena; sino, anulando la sentencia y ordenar la reposición del juicio por un tribunal diferente."

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: INC-APEL-44-SA-2019, fecha de la resolución: 26/02/2019

VALORACIÓN INTEGRAL DE LA PRUEBA

PROCEDE CONFIRMAR CONDENA CUANDO HA SIDO DEBIDAMENTE FUNDAMENTADA CONFORME A LOS ELEMENTOS PROBATORIOS DESFILADOS EN JUICIO Y AL TENOR DE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

"El presente motivo de apelación estará estructurado en primer lugar por (2.1) ligeras teorizaciones sobre las reglas de la Sana Crítica con especial énfasis en el componente de la Lógica y su principio de Razón Suficiente, asimismo el deber de fundamentación de estas; inmediatamente (2.2) se estudiara la argumentación judicial respecto a la valoración probatoria, para arribar por ultimo a una (2.3) conclusión donde se determinara la existencia del vicio o la confirmación de la sentencia condenatoria.

2.1 La Sana Critica puede definirse como el método instituido por el legislador en los arts. 179 y 394 parr. 1 CPP, para el análisis de los elementos probatorios producidos en Juicio, que debe resultar congruente con la racionabilidad humana con la finalidad de determinar la responsabilidad penal o su ausencia.

Al haberse seleccionado este método de valoración la doctrina se ha encaminado por exigir elementos básicos a tomar en cuenta por el juzgador [AAVV, "Villar, La prueba. La prueba en el proceso penal", Tomo III, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017 Pág. 447]:

-Necesidad de una mínima actividad probatoria de cargo, practicada con las debidas garantías.

-La apreciación lógica de la prueba, con arreglo a las máximas de la experiencia objetivas que se aplican respecto de pruebas válidamente practicadas.

La falta de prueba de cargo o de prueba de cargo válidamente obtenida o practicada debe implicar la absolución, independientemente de la convicción personal del juzgador.

La valoración de la prueba debe de motivarse en la sentencia, a fin de que puedan controlarse por tribunales de alzada los criterios racionales y las máximas de experiencia empleadas.

Los componentes de este método son la Lógica Jurídica, Psicología y Máximas de Experiencia.

La Lógica Jurídica es el examen que realiza el juzgador de los datos de forma dialéctica por medio de los principios de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente; la identidad significa que una cosa solo puede ser igual a sí misma; la contradicción prevé que una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarías entre sí; la razón suficiente que es de interés en el presente caso, significa que las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia, este principio, deviene de la ley fundamental de derivación, establece que cada uno de los elementos del pensamiento que se encuentran relacionados entre sí, debe provenir el uno del otro. En atención al referido principio, todo juicio, 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).

Por último el tercero excluido es un método de -separar- el cual significa que si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes.

La Psicología es la ciencia destinada a estudiar el comportamiento humano, resulta de alta colaboración para el juzgador dentro del proceso penal como una técnica auxiliadora en diversas áreas probatorias, principalmente en análisis de las deposiciones testificales.

Por último, las Máximas de la Experiencia según Stein —citado en el libro de Villar (Idem) son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez por otros nuevos.

En el campo de la valoración probatoria, debe de verificarse todos los elementos recabados y admitidos en juicio, es decir prueba de cargo y descargo, resulta necesario no únicamente la aplicación de las reglas de la sana crítica, en iguales términos 1a fundamentación de este apartado debe ser coherente, pues lo que pretende este sistema probatorio, es ser un mecanismo que ayude a comprobar lo rechazar los hechos acusados por inexistencia.

En ese sentido, la obligatoriedad por parte del administrador de justicia, radica en emitir las justificaciones y argumentaciones, sobre los hechos acusados, por ende perfilar la argumentación central sobre un hecho conocido y que no se encuentre como acusado, radicaría en ser una errónea fundamentación.

2.2 Después de haber abarcado las Reglas de la Sana Crítica, será necesario verificar la argumentación del A Quo, sobre los elementos de prueba; específicamente el apelante hace referencia a que no fue valorada plenamente la prueba de descargo y los elementos de cargo que sirvieron para concluir que los imputados cometieron el delito de tráfico ilícito.

Es menester señalar que debido al amplio volumen de páginas sobre la descripción de la prueba y su valoración, estas han sido sintetizadas, sin embargo puede verificarse su análisis desde […] correspondientes al expediente judicial de primera instancia […].

Sobre estos elementos el A Quo, concluyó que los mismos por si solos no desvirtúan la participación de los imputados; que estos se trasladaban en el pick up […], con un compartimiento camuflageado en la cama, con ciento sesenta paquetes de cocaína.

Al respecto debe decirse en primer lugar, que contrario a lo mencionado por la defensa, la sentencia condenatoria ha sido clara en manifestar que los elementos de descargo no abonan a disminuir la participación de los procesados.

Dicha conclusión fue una consecuencia del análisis del amplio catálogo de pruebas de cargo, (testimonial, documental y pericial): […].

Sobre lo anterior, el A Quo manifestó que no existía ningún elemento que contrariara la diversidad de prueba recolectada, asimismo señalando que le merecen fe y credibilidad; concluyendo la existencia de identidad sobre el cometimiento del ilícito, identidad sobre los sujetos que se transportaban en el vehículo […], y que bajo la cama del pick up en tres compartimientos se transportaban Kilogramos de cocaína.

Este Tribunal después de verificar todos los elementos anteriormente descritos, establece que se encuentra claramente en la sentencia condenatoria […] las pruebas mediante las cuales se tuvo por comprobada la existencia y participación, en razón de lo anterior al haberse verificado la sentencia y que dentro de la misma si existe fundamentación sobre la prueba que sirvió para establecer la responsabilidad de los imputados, deberá de rechazarse la petición la defensa, por no ser cierto la alegación sobre la falta de fundamentación en la valoración de la prueba.

Asimismo estima la alzada, que en el presente expediente, convergen y coinciden entre si todos los elementos de prueba recabados, específicamente se le da validez a la prueba testimonial, al ser coherente y consistente en establecer la forma en que sucedió la retención, prueba de campo y posterior detención;

estos elementos fueron posteriormente sometidos a pericia del análisis de los objetos incautados, en donde claramente se obtuvo resultado positivo de cocaína y se estableció el peso (12.96 KG) de droga incautada a los procesados. El seguimiento del vehículo con destino al occidente del país, la procedencia de la droga, la forma en que se transportaba (compartimientos ocultos, simulados por una cortina bajo la cama del pick up) y cantidad del ilícito incautado, sirvieron para que el A Quo se generara una certeza positiva sobre la responsabilidad de los procesados, no pudiéndose objetar por parte de la defensa mediante la prueba de descargo, el cometimiento del ilícito por parte de los imputados.

2.3 Analizados los motivos de apelación y posteriormente comprobarse la inexistencia de los vicios alegados, de conformidad con una de las facultades decisorias de este Tribunal de alzada establecida en el art. 475 inc. 2 CPP, deberá de confirmarse la sentencia condenatoria […]."

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, número de referencia: 36-2019, fecha de la resolución: 25/02/2019

LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE CÁMARAS DE SEGUNDA INSTANCIA EN MATERIA PENAL 2019

Acoso sexual 1

Criterios orientativos de valoración de la información aportada por la víctima 1

Grado de afectación emocional como consecuencia de un hecho con contenido sexual 3

El juez debe de valorar el contenido del peritaje psicológico practicado a la víctima 4

Definición y elementos que lo configuran 5

Acta de captura 6

Utilidad y carácter complementario 6

Actas policiales 7

Consideraciones sobre el valor probatorio otorgado por el ordenamiento procesal penal 7

Actas 9

Distinción con los autos cobra específico interés en materia recursiva 9

Decisión de imponer medidas cautelares alternativas o sustitutivas de la detención provisional debe ser consignada en auto 10

Requisitos de las actas procesales y las reglas generales para su redacción 11

Diferencia entre la redacción de un acta y de un auto 11

Acto de notificación 12

Consideraciones sobre su importancia para evitar la vulneración de los derechos de las partes y el plazo para el acceso a los recursos 12

Procede declaratoria de nulidad por existir duplicidad de plazos para la interposición del recurso de apelación 13

Actos contrarios a las buenas costumbres y al decoro público 15

Consideraciones legales y doctrinarias sobre la falta 15

Análisis de las conductas que constituyen tocamientos, para calificarlas como delitos o faltas 16

Actos procesales de comunicación 17

De la notificación 17

Jurisprudencia constitucional en relación a la notificación 17

Agravio 18

Formas de configurarse 18

Agresión sexual en menor e incapaz 19

Consideraciones con respecto a la conducta típica del ilícito penal 19

Consideraciones respecto a la declaración de la víctima-testigo en relación con la corroboración o ratificación con otros elementos de prueba incorporados al proceso 20

Procede nulidad de la absolución cuando existe una incorrecta derivación, falta de logicidad e incongruencia en la valoración de los medios de prueba desfilados durante el juicio 23

Consideraciones con respecto a la conducta típica del ilícito penal 26

Consideraciones normativas respecto al tipo penal 27

Requisitos establecidos por el legislador en cuanto a la consideración que deben poseer los medios de prueba aplicados al tipo penal 28

Inexistencia de lesiones físicas, cicatrices o desgarros en la víctima no son indicativos que un acto de contenido sexual no haya sucedido.... 31

Himen intacto contemplado en el reconocimiento médico practicado a la víctima, no es una situación que por sí misma excluya un ataque de índole sexual 32

Declaración de víctima menor no deja dudas en cuanto a la existencia del hecho y de la participación delictual del procesado 34

Procede anular absolución, cuando es equívoca la motivación probatoria analítica de la sentencia y contraria a las reglas de la sana crítica 36

Es una modalidad cualificada, en atención a las circunstancias particulares de la persona que tiene calidad de víctima..... 37

Elementos normativos del tipo 37

Consideraciones doctrinarias, legales y jurisprudenciales sobre las diferencias entre las agresiones sexuales y otros tipos penales 38

La gravedad y trascendencia que se exige para lesionar el bien jurídico, reconocido por la norma penal sustantiva, se determinarán del adecuado análisis de tipicidad 39

Antejuicio 43

Control previo a la eventual judicialización de una imputación a funcionarios públicos, cuya competencia está atribuida a la Asamblea Legislativa 43

La naturaleza de la acción del delito, pública o privada, o su gravedad, graves o menos graves, no es parámetro de competencia 44

Los funcionarios judiciales están inhibidos de conocer en cuestiones previas al juzgamiento, de conformidad al principio acusatorio 44

Es de aplicación exclusiva para aquellos casos en los que la conducta imputada es constitutiva de delito 45

Aplicación de ley más favorable 46

Principio de irretroactividad se ve mermado cuando nueva ley tiene resultados más favorables para el procesado 46

No existe obligación del Órgano Judicial para declarar si una determinada ley es o no de orden público 51

Estado se encuentra impedido de ejercer su poder punitivo 51

Aplicación supletoria 54

Regla de temporalidad, aplicación del Código Procesal Civil y Mercantil ... 54

Audiencia especial de revisión de medidas cautelares 56

Impertinencia de la petición debe ser calificada, exclusivamente, sobre la base de aspectos procesales 56

Su rechazo automático constituye una violación a los derechos de defensa y audiencia 57

Autores directos 58

Aquella persona que por sí o conjuntamente con otro u otros cometen el delito 58

Cadena de custodia 58

Consideraciones normativas y jurisprudenciales 58

Imposibilidad para el tribunal adquem conocer sobre una afectación en la cadena de custodia, cuando la inconformidad no ha sido alegada en primera instancia 60

No procede conocer cuando la inconformidad adolece de respaldos probatorios que justifiquen la posible ruptura de la cadena de custodia 60

Definición 62

Etapas 62

Centros penitenciarios..... 63

Finalidad esencial del régimen penitenciario 63

Coautoría..... 63

Consideraciones sobre el dominio funcional del hecho 63

Elementos que se requieren para ejecutar de manera conjunta un delito..... 64

Consumación del hecho punible 64

Manifestación de la amenaza extorsiva a la víctima 65

Agente de la extorsión..... 65

Existe un proceder bajo condiciones de división de roles y un reparto funcional para la realización del delito, distribuyéndose las aportaciones necesarias para la ejecución del mismo..... 66

Las acciones individuales deben contribuir objetivamente a la ejecución de la figura típica 67

Concurso aparente de leyes..... 67

Sucede cuando un solo tipo penal comprende todas las conductas con relevancia penal contenidas en el sustrato fáctico 67

Decisión de subsumir evasión de impuestos al delito de lavado de dinero y de activos está hecha conforme a derecho, pues ambos exigen que fondos procedan directa o indirectamente de actividades delictivas..... 69

Encontrándose contempladas las acciones relativas al peculado en beneficio de un tercero, en el delito de lavado de dinero y de activos, corresponde modificar la pena de prisión 72

Control de convencionalidad 74

Mecanismos de comparación entre las normas internas y convenciones sobre derechos humanos 74

Facultad de revocar del tribunal de alzada 74

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la facultad de toda persona para interponer recursos..... 74

Existencia de fundamentación errónea e ínfima del juez a quo, por lo que se declara la nulidad absoluta de la sentencia objeto de alzada 76

Criterio de oportunidad..... 76

Consideraciones normativas sobre su otorgamiento 76

Declaración de la víctima..... 77

Declaración testimonial ha sido expuesta conforme a las reglas de la sana crítica, alejado de todo parámetro parcializado y distante de toda expresión de venganza 77

Consideraciones normativas, doctrinarias y jurisprudenciales sobre la prueba de referencia 81

Prueba testimonial ha permitido a las entidades judiciales conocer de elementos probatorios que contribuyen a corroborar la declaración de la víctima 83

Declaración de víctimas menores de edad..... 84

Consideraciones doctrinarias y especiales para su ponderación 84

Procede anular sentencia absolutoria por inobservancia de las reglas de la sana crítica en la valoración de la declaración..... 86

El uso de Cámaras Gesell es un mecanismo de protección judicial para asegurar el interés superior del niño..... 87

Denuncia anónima..... 89

Consideraciones jurisprudenciales..... 89

Denuncia o acusación calumniosa..... 90

Análisis de los elementos del tipo penal 90

Afecta el correcto funcionamiento de la administración de justicia y el honor de la persona a la que se imputan los hechos falsos 91

Requisitos que la doctrina exige para su configuración 92

Derecho a recurrir 93

Acceso efectivo al mismo 93

Criterio de flexibilidad 93

Agravio y fundamentación 93

Definición 94

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este derecho en segunda instancia 94

Detención provisional 96

Consideraciones sobre la apariencia de buen derecho o fumus boni iuris, y peligro de fuga o periculum in mora 96

Tribunal de alzada considera que la detención provisional resulta ser la medida cautelar más idónea para garantizar la investigación y la presencia de la encausada 97

Consideraciones sobre los presupuestos de procedencia de la medida cautelar 97

El juez debe exponer las razones fácticas y jurídicas por las cuales está convencido que concurre la apariencia de buen derecho y el peligro de fuga o demora 98

Consideraciones sobre la regulación de la excarcelación en el Código Procesal Penal de 1973 99

Imposibilidad para el adquem realizar un especial pronunciamiento sobre la salud del procesado, cuando no ha sido discutido en primera instancia en su momento procesal oportuno 100

Privación de libertad de la que puede ser objeto un condenado será la detención provisional mientras la sentencia no devenga en firmeza 101

Medida que asegura el procedimiento, supone una injerencia más grave en la esfera de libertad individual 102

Medida gravosa que debe imponerse de manera excepcional y conforme al principio de proporcionalidad 103

Consideraciones sobre presupuestos necesarios para su imposición 104

Determinación de la pena 105

Penalidad de la cooperación en el delito de peculado 105

Sanción acordada e impuesta es proporcional, teniendo en cuenta que imputado no tuvo ningún beneficio personal 106

Imposibilidad de aumentar la pena por la prohibición de reforma en perjuicio del procesado 107

Corresponde mantener la pena impuesta y únicamente modificar el grado de participación atribuido al imputado 108

Doctrina 110

Debe adaptarse a la realidad de cada sociedad y al caso concreto que se juzga 110

Duda razonable 111

Criterio de fundamentación 111

Para imponer una sentencia condenatoria no debe de existir duda acerca de la responsabilidad criminal de una persona 111

Proyecciones de la duda razonable 112

Proyecciones: mandato para el juez y motivo de impugnación para una de las partes 113

Ejercicio violento del derecho 114

Consideraciones respecto a los elementos característicos que se deben presentar para que la conducta pueda ser consumada 114

Error de prohibición 116

Se configura cuando el sujeto cree que su actuación es justificada al realizar una conducta antijurídica, siendo esto equivocado..... 116

Diferencias entre el error de tipo y error de prohibición 117

Imputado carecía de conocimiento sobre finalidad de reglamento creado por ex Presidente de la República para beneficiarse a sí mismo y a terceros con fondos estatales..... 118

Procesado debía emplear su deber de diligencia y experiencia laboral al discernir que sus acciones conllevarían objetivos ilícitos..... 124

Es viable de suscitarse en tres supuestos concretos..... 125

Procede confirmar la sentencia condenatoria ante la correcta aplicación del error vencible en el delito de violación en menor e incapaz 126

Estipulaciones probatorias 127

Acuerdo entre las partes procesales sobre la admisión y producción de la prueba 127

Consideraciones doctrinarias, normativas y jurisprudenciales sobre los informes periciales y la posible susceptibilidad de ser estipulada entre las partes..... 128

Procede anular condena, ante la inexistencia de una incorporación de la prueba pericial mediante lectura y ante la inexistencia de una estipulación de la misma 129

Implica aceptar la prueba y renunciar a discutir o controvertir la misma..... 131

Excepción perentoria de falta de acción..... 132

Su ejercicio está vinculado a la existencia de una acción penal..... 132

Excepción perentoria 132

Brindan a la parte acusada la posibilidad de oponerse e incluso hacer cesar el proceso penal por razones distintas a la discusión de los hechos acusados 132

Clasificación de las excepciones: dilatorias y perentorias 134

Expresiones de violencia contra las mujeres..... 135

Cómputo de la prescripción..... 135

Extorsión..... 136

Análisis legal y jurisprudencial sobre la regulación del delito de extorsión en la ley especial 136

Fabricación, portación, tenencia o comercio ilegal de armas de fuego o explosivos caseros o artesanales 139

Improcedente interpretar literalmente la norma penal que sanciona la conducta delictiva, por realizarse con “armas” en sentido plural y no singular..... 139

Anulación de la sentencia recurrida por la existencia de una distorsionada e ilegal interpretación del art. 346-A del Código Penal 143

Fraude procesal..... 143

Análisis de los elementos del tipo penal 143

Fuero..... 144

Privilegio inherente al cargo, propio de los funcionarios públicos..... 144

Efectos primordiales del mismo, lo son la inmunidad y la inviolabilidad..... 145

Constituye una reserva de la competencia jurisdiccional a favor de tribunales superiores..... 145

Condiciones de procesabilidad para habilitar la intervención de funcionarios judiciales 145

Fundamentación de la sentencia..... 146

Consideraciones sobre las reglas del entendimiento humano..... 146

Identificación del imputado 146

El error material en el nombre del imputado se soluciona vía aclaración o adición 146

Improcedencia 147

El análisis de admisibilidad de las pretensiones está respaldado por el control de convencionalidad, lo cual no vulnera el derecho de protección jurisdiccional al no conocer del fondo del asunto 147

Inadmisibilidad del incidente de recusación 148

Requisitos normativos para su admisibilidad 148

Plazo para su interposición conforme a lo establecido por el legislador 149

Procede decretarla cuando no se ha cumplido con los requisitos de temporalidad..... 150

Incumplimiento de los deberes de asistencia económica 151

Análisis de los requisitos de configuración del tipo penal 151

Consideraciones jurisprudenciales sobre el pago de la cuota alimenticia 151

Independencia judicial 152

Las resoluciones constituyen el instrumento jurídico por medio del cual los juzgadores dan las razones de hecho y de derecho que justifican su actuar 152

La imparcialidad puede ser controlada por medio de los mecanismos recursivos pertinentes, y no por medio de presiones de carácter político o social..... 153

Inducción, promoción y favorecimiento de actos sexuales o eróticos 155

Consideraciones configurativas de la conducta típica 155

Iter criminis 156

Ideación, desarrollo y concreción del delito 156

Juicio militar 157

Normativas del procedimiento común son aplicables 157

Juzgados de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena..... 158

La resolución que declara sin lugar el señalamiento de audiencia oral de incidente de redención de la pena, no es apelable 158

Deben garantizar que los condenados tengan defensores públicos nombrados 159

Lavado de dinero y activos 160

Pese a que imputado no tuvo ningún beneficio económico del dinero ilícito por el manejo de fondos estatales, no está exento de responsabilidad penal 160

Consideraciones sobre la autoría y participación..... 165

Funciones del procesado consistieron en apertura de cuentas bancarias por orden superior, lo que refleja un nivel de subordinación 166

Labor del imputado era de complicidad necesaria para la comisión de los delitos de peculado y lavado de dinero y de activos 167

Confesión debe estar revestida de corroboraciones que mínimamente permitan vincularse a otros elementos de prueba 169

Aunque procesado no obtuvo ningún beneficio económico, del análisis de la prueba se concluye que era un cómplice necesario para la comisión del delito debido al cargo que ostentaba 170

Puede atribuirse responsabilidad penal en comisión del delito, aunque no exista provecho económico, pues de la confesión se extrae el ánimo y aceptación voluntaria de trasladar fondos del tesoro público a cuentas bancarias personales..... 173

Esencialidad de las conductas permite concluir la complicidad necesaria en la comisión del ilícito penal..... 176

Legalidad de la prueba..... 176

La prohibición probatoria se verifica real y efectiva cuando es contraproducente al debido proceso y a la presunción de inocencia..... 176

Lesiones culposas 177

Consideraciones legales y doctrinarias para tener por acreditada la conducta..... 177

La lesión del bien jurídico es debido a la inobservancia del deber objetivo de cuidado 179

Competencia penal y civil, en aquellos casos que el ilícito es producto de un accidente de tránsito 180

Malversación..... 181

Definición..... 181

Medidas cautelares 182

Posibilidad de ser revisadas por su excepcionalidad y provisionalidad 182

Medidas sustitutivas 182

Su revocatoria debe respetar el derecho de audiencia y defensa 182

Medios de prueba..... 183

Las entrevistas no son prueba documental y tampoco testimonial sino actos de investigación..... 183

Motivación de las resoluciones 184

Imposibilidad para el tribunal adquem determinar si la postura judicial es correcta o no, debido a que no existen insumos motivacionales por parte del juez aquo..... 184

Notarios..... 187

No es competencia notarial realizar actos o indagaciones más allá del ámbito de fe, respecto a su otorgamiento en la forma, día y hora que en el instrumento se expresa 187

Nulidad de la sentencia..... 188

Consideraciones sobre sus supuestos de procedencia..... 188

Nulidades 189

La consecuencia jurídica de la declaratoria de nulidad es la reposición del pronunciamiento 189

Procede cuando se ha realizado una insuficiente fundamentación analítica de la sentencia y por la inexistencia de un análisis intelectivo probatorio testimonial por parte del aquo..... 190

Ofrecimiento de prueba 193

Fases procesales, términos y excepcionalidades..... 193

Cumplimiento de criterios de pertinencia, trascendencia, utilidad, y legalidad, para la admisión..... 194

Pena de prisión..... 194

Fundamentos que se deben tener cuenta para su imposición..... 194

Elementos a tener en cuenta para graduar la pena..... 195

La dosificación punitiva responde al principio de legalidad y proporcionalidad 195

Persona jurídica como imputado en el proceso penal 197

La imputación recae sobre el representante legal que funge como tal en el momento de la comisión del delito 197

Plazos muertos..... 199

Consideraciones jurisprudenciales y su respectiva conceptualización 199

Posesión y tenencia con fines de tráfico..... 201

Consideraciones sobre el tipo penal para determinar la intención de tráfico..... 201

Tribunal de alzada confirma la pena impuesta al imputado 202

Relevancia de la cantidad de la droga 203

Juicio de tipicidad 204

Consideraciones doctrinarias sobre el alcance del vocablo transporte.... 206

Imposible calificar los hechos como tráfico ilícito, ante la ausencia de la conducta típica transporte 207

Parámetros para determinar el ánimo de traficar 207

Procede el cambio de calificación del delito y ajuste de la pena ante la desacertada aplicación de la ley penal..... 208

Posesión y tenencia 209

Consideraciones normativas y jurisprudenciales sobre el tipo penal 209

Ausencia de vulneración a la cadena de custodia, cuando se cumple con la obligación formal de hacer constar la recolección, embalaje, transporte, análisis y custodia de las evidencias 210

Conducta autorreferente no puede presumirse y debe ser debidamente verificada con elementos como la cantidad de droga incautada, su calidad y los ingresos económicos del imputado 212

Consideraciones normativas y jurisprudenciales para que se configure, descartando el fin de tráfico 212

Importante destacar que para fundamentar una conducta autorreferente es necesario verificarla con otros elementos periféricos que acrediten el dicho del acusado..... 214

Procede anular absolución cuando el juzgador ha inobservado las reglas de la sana crítica con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo..... 215

Existencia de dos tesis antagónicas en cuanto a la forma en que se produjo el hallazgo de la droga incautada, no resulta suficiente para decantarse por una absolución por duda 216

Prescripción de la acción penal 220

Definición y efectos 220

Procede acceder a la excepción perentoria, en vista que el Ministerio Público Fiscal ejercició la acción penal cuando el tiempo para la prescripción ya se había cumplido 221

Presunción de inocencia 224

Consideraciones legales y jurisprudenciales 224

Principio de congruencia 225

Consideraciones sobre la correlación entre acusación y sentencia 225

Principio procesal relacionado con la garantía al debido proceso 227

Exige que el tribunal se pronuncie únicamente respecto del hecho por el que se acusa al inculpado 227

Principio de legalidad de la prueba 228

El juzgador está obligado a garantizar que todo medio probatorio sea incorporado legalmente, al igual que las partes están obligadas a tener una participación activa y no negligente 228

Retención de procesado producto de un operativo policial, no afecta derechos fundamentales siempre que sea fruto de una investigación..... 229

Principio de legalidad recursiva 231

Taxatividad de las resoluciones recurribles 231

Principio de legalidad 232

Los funcionarios judiciales no pueden arrogarse competencia alguna, si la ley no les habilita 232

Principio de lesividad 232

Mera infracción normativa no supone la concurrencia de un injusto penal, por lo que no es viable imponer penas cuando la conducta transgresora de una norma jurídico penal no ha puesto en riesgo el objeto de protección 232

Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional sobre el ánimo de traficar 233

Principio de proporcionalidad de las penas 234

Opera fundamentalmente en la relación entre la conducta jurídica negativa y la consecuencia de la misma 234

Principio de responsabilidad 234

Consideraciones sobre el principio de responsabilidad objetiva 234

Principio indubio pro reo 235

Cuando el estado de duda impera en el intelecto del juzgador, se debe ser resolver lo más favorable a los intereses del procesado 235

Premisas que deben surgir para justificar la absolución del imputado 235

Principio non bis in idem 235

Desarrollo jurisprudencial y alcances respecto a su contenido 235

Pese a que representación fiscal ha pretendido realizar la persecución penal por medio de una tipología diferente, existe la configuración de una doble persecución en contra del imputado 238

Programa penal de la Constitución 240

Principios que constituyen límites para las acciones de los operadores de justicia 240

Prueba anticipada 242

La finalidad básica es evitar la pérdida definitiva de aquellos elementos de prueba relevantes para la formación de una decisión judicial 242

Prueba de referencia 243

Consideraciones sobre la prueba testifical referencial primaria y múltiple 243

Debe de cumplir con dos elementos para su existencia necesidad y confiabilidad 244

Su admisibilidad es de carácter excepcional 245

En el caso de víctimas menores de edad debe evitarse dilatar la declaración hasta la vista pública, y así no será necesaria la prueba de referencia 246

Prueba indiciaria..... 247

Consideraciones doctrinarias sobre los indicios materiales y psicológicos..... 247

Parámetros que deben cumplirse para que la prueba indiciaria pueda sustentar un fallo condenatorio 248

Prueba pericial..... 249

Peritos accidentales y peritos permanentes..... 249

Informe psicológico realizado por la psicóloga adscrita a la Fiscalía General de la República tiene el carácter de prueba pericial..... 250

Reconsideración probatoria..... 251

Recurso a través del cual se somete a control la decisión del juez de rechazar la prueba 251

Recurso de apelación 252

Criterios genérico y específico 252

Cuando se trate de sentencias absolutorias, el tribunal de apelación no puede revocar la absolución sobre la base de esta segunda valoración de pruebas que no recibió ni inmedió de manera directa..... 252

Presupuestos legales que deben cumplirse para admitir un recurso de apelación..... 254

Regulación del recurso contra autos..... 254

Suspensión del procedimiento es por regla general inapelable, por lo que en atención al principio de taxatividad de los recursos el efecto de su interposición es la inadmisibilidad 255

Recurso de revisión 255

Consideraciones sobre la legislación aplicable al momento de su interposición 255

Admisibilidad está sujeta a los requisitos legales establecidos 257

Está sujeto a requisitos específicos, en razón de su condición especial de procedimiento posterior a la finalización del proceso penal 258

Consideraciones sobre la sentencia impugnada vía revisión 258

Recursos 260

Es requisito legal que la resolución impugnada cause agravio, el cual debe ser motivado 260

La reforma de una sentencia en perjuicio del imputado y único impugnante, constituye una transgresión a la garantía de nec reformatio in peius 261

Necesario cumplimiento de requisitos de impugnabilidad subjetiva y objetiva para su procedencia 261

Consideraciones sobre el recurso de revocatoria 262

Recusaciones 263

Improcedente cuando la denuncia, como motivo de impedimento para la separación del funcionario, es de naturaleza administrativa y no penal 263

Requisitos que debe cumplir el escrito de recusación 265

Redención de la pena 265

Requisitos establecidos por el legislador para su correcta aplicabilidad 265

Denegatoria del beneficio por parte del aquo no está conforme a derecho, por no haber sido debidamente fundamentada..... 267

Reemplazo de la pena de prisión..... 270

Fundamentos de la justificación de la detención provisional no deben confundirse con los de la denegatoria del beneficio de los sustitutos penales..... 270

Requisitos normativos para su procedencia, consideraciones doctrinarias..... 271

Relator especial para la Independencia Judicial de las Naciones Unidas 272

Los juzgadores podrán remitirle informes sobre las presiones indebidas que se ejerzan en el ejercicio de sus funciones..... 272

Resoluciones judiciales..... 273

Deben estar documentadas en autos por separado y no únicamente en un acta judicial..... 273

Responsabilidad civil..... 274

Consideraciones sobre sus presupuestos y procedencia, a consecuencia de un sobreseimiento definitivo 274

Necesario realizar audiencia especial, previo a decretar sobreseimiento definitivo, a efecto de valorar material probatorio que permita dirimir la responsabilidad civil..... 276

Procede anular condena en concepto de responsabilidad civil, ante la ausencia de oportunidad de controvertir el material probatorio de cargo aportado por el ente acusador 277

Cuando elementos de prueba referidos a la misma no permitan establecer con certeza los montos de las cuestiones reclamadas como consecuencias del delito se puede declarar en abstracto..... 278

Tipos de declaratorias de responsabilidad civil..... 281

Incumplimiento de la motivación habilita la apelación..... 282

Ante ausencia de individualización respecto al monto particular que cada imputado debe pagar, debe ser la jurisdicción civil quien la determine 284

Por no contarse con detalle en qué fueron utilizados los fondos públicos, corresponde la liquidación de la cuantía a los juzgados con competencia civil 285

Es posible que a pesar de extinguirse la responsabilidad penal ésta subsista 288

Existe un deber de pronunciarse sobre la misma a pesar de la extinción de la responsabilidad penal 288

Si bien existe imposibilidad legal para declarar a una persona jurídica como responsable penalmente, si puede determinarse su responsabilidad civil a fin de resarcir el daño civil ocasionado 288

Debe señalarse una audiencia especial con la finalidad de brindar la oportunidad de defenderse al partido político y evitar su indefensión en la determinación de la responsabilidad civil 291

Existe errónea interpretación de precepto legal, por falta de motivación expresa, clara, completa, legítima y lógica que permita comprender el no pronunciamiento respecto a la acción civil 292

Ante la extinción de la acción penal por muerte del imputado, la acción civil queda vigente, siendo obligatorio para el juzgador pronunciarse al respecto 293

Obligación del juzgador pronunciarse respecto a la responsabilidad civil vinculada al sobreseimiento definitivo emitido 294

Fijación del monto de la condena en responsabilidad civil debe ser debidamente fundamentada en base a prueba pertinente y útil desfilada durante el juicio 295

Procede anular condena en responsabilidad civil, ante inexistencia de material probatorio que permita determinar su cuantía 297

Fijación del monto será sobre la base de la prueba producida, siempre que sea pertinente y útil a la pretensión civil 298

Procede anular condena en responsabilidad civil cuando la fundamentación adolece de coherencia y proporcionalidad 298

Sana crítica 300

Para efectos de admisibilidad en materia recursiva debe especificarse cuáles son las reglas que se consideran inobservadas 300

Sobreseimiento definitivo..... 302

Excepcionalmente un tribunal de sentencia puede decretarlo..... 302

Imposibilidad de proveerse más que en los casos que la ley expresamente señala, con estricto cumplimiento de las formalidades que la providencia amerita 302

Procede revocar por existir elementos probatorios que deben ser valorados en la fase plenaria 303

Sobreseimiento provisional 305

Efecto no definitivo 305

Procede su revocatoria cuando existen los elementos probatorios suficientes para que sean discutidos en juicio, conforme a las reglas de la sana crítica 305

Sobreseimiento..... 308

Puede ser provisional o definitivo..... 308

Jurisprudencia penal sobre las dos clases de sobreseimiento 309

Supuestos legales para decretar el provisional y el definitivo..... 309

Prueba de referencia puede dejar sin efecto el sobreseimiento definitivo..... 310

Tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de armas de fuego..... 311

Implica una medida de carácter preventivo, que tiende a evitar el peligro que presume tener en su poder armas de fuego al margen de toda regulación o control estatal 311

Testigo único 312

Consideraciones sobre su valor probatorio..... 312

Testigos de referencia..... 313

Consideraciones normativas y doctrinarias..... 313

Puede ser considerado como prueba en casos excepcionales, de conformidad a las reglas de la sana crítica, pero deberá estar conformado por otros elementos de prueba para poder fundamentar una sentencia de condena 314

Imposible tener en consideración la información referencial aportada, debido a que no fue admitida en calidad de prueba testimonial de referencia 319

Procede anular condena cuando el juzgador ha infringido las reglas de la sana crítica y el principio de razón suficiente, al no poder establecer la culpabilidad del procesado 320

Testigos..... 321

Consideraciones sobre la declaración de la víctima como único testigo 321

Tipicidad..... 322

Consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales 322

Tráfico ilegal de personas 323

Etapas que implican el traslado de personas de un país a otro, no obstante ser suficiente con que dicho traslado se intente por parte del sujeto activo 323

Conducta no lleva implícita la obtención de dinero, ni es necesario que la introducción a país nacional o extranjero se haya comprobado, debido a que basta con solo haberlo intentado..... 324

Correcta acreditación probatoria respecto a la existencia del delito y la participación delictual del procesado..... 325

Consideraciones normativas y jurisprudenciales con respecto a las reglas de la sana crítica y el principio de razón suficiente 327

La inexistencia de comunicación telefónica en la terminal del procesado, en relación con algún teléfono de la víctima, no significa que sea motivo de absolución 330

Si examen pericial determina la inexistencia de acceso carnal violento, no implica que dicho acceso haya sido consentido 331

Elementos probatorios se observaron conforme a las reglas de la sana crítica, bajo el componente de la lógica y el principio de razón suficiente 332

Inexistencia de registro migratorio no implica que no se haya cometido el tipo penal atribuido, debido a que la naturaleza propia del delito es la evasión de cualquier control fronterizo 332

Elementos probatorios permiten identificar la participación delictual del procesado en la comisión delictiva que se le imputa 333

Valor probatorio de las copias simples 335

Presupuestos de cumplimiento para otorgar una excepcional valoración 335

Valoración de la prueba 335

Consideraciones jurisprudenciales 335

Consideraciones legales y jurisprudenciales sobre el principio de libertad probatoria 336

Consideraciones sobre las reglas de la sana crítica 337

La presunción de inocencia se destruye con una correcta valoración de los elementos de prueba sometidos a juicio 339

El juzgador está supeditado a las reglas de la sana crítica 341

Para destruir la presunción de inocencia debe existir prueba de cargo suficiente 342

La prueba testimonial debe cumplir determinados requisitos 343

Debe realizarse una valoración integral de todos los medios probatorios 344

Valoración integral de la prueba 344

Procede confirmar condena cuando ha sido debidamente fundamentada conforme a los elementos probatorios desfilados en juicio y al tenor de las reglas de la sana crítica..... 344