ÓRGANO JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

2016

# LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO PENAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL

# LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO PENAL 2016

Corte Suprema de Justicia
Centro de Documentación Judicial

San Salvador, 2018

**Gerente General de Asuntos Jurídicos**

*Lic. Óscar Humberto Luna*

**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*

*Dr. José Óscar Armando Pineda Navas*
PRESIDENTE

### *Sala de lo Constitucional*

*Dr. José Óscar Armando Pineda Navas*
PRESIDENTE

*Dr. Florentín Meléndez Padilla*
VOCAL

*Dr. José Belarmino Jaime*
VOCAL

*Lic. Edward Sidney Blanco Reyes*
VOCAL

*Lic. Rodolfo Ernesto González Bonilla*
VOCAL

### *Sala de lo Civil*

*Lcda. María Luz Regalado Orellana*
PRESIDENTA

*Dr. Ovidio Bonilla Flores*
VOCAL

*Lic. Óscar Alberto López Jerez*
VOCAL

### *Sala de lo Penal*

*Lcda. Doris Luz Rivas Galindo*
PRESIDENTA

*Lic. José Roberto Argueta Manzano*
VOCAL

*Lic. Leonardo Ramírez Murcia*
VOCAL

### *Sala de lo Contencioso Administrativo*

*Dra. Dafne Yanira Sánchez de Muñoz*
PRESIDENTA

*Lcda. Elsy Dueñas Lovos*
VOCAL

*Lcda. Paula Patricia Velásquez Centeno*
VOCAL

*Lic. Sergio Luis Rivera Márquez*
VOCAL

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**
**SALA DE LO PENAL**
**2016**

| | |
|---|---|
| PRESIDENTA: | Lcda. Doris Luz Rivas Galindo |
| VOCAL: | Lic. José Roberto Argueta Manzano |
| VOCAL: | Lic. Leonardo Ramírez Murcia |

**SECCIÓN DE DERECHO PENAL DEL**
**CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL**


Coordinadores: Lic. Luis Oswaldo López Álvarez
Lcda. Wendy Isabel González Penado

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

# CONTENIDO

Prólogo ..... i

Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal 2016
Código Procesal Penal aplicado: Derogado ..... 1

Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal 2016
Código Procesal Penal aplicado: Vigente..... 37

***El contenido de esta publicación es un extracto literal de las sentencias pronunciadas por la Sala de lo Penal. Los temas y subtemas son responsabilidad del Área de lo Penal del Centro de Documentación Judicial.***

# PRÓLOGO

La presente publicación de la Corte Suprema de Justicia es un anuario de la labor de la Sala de lo Penal, en materia de casación, correspondiente a las decisiones emitidas por este tribunal en el año 2016. Esta contiene una compilación de las principales líneas y criterios jurisprudenciales de la Sala, que se han seleccionado y sistematizado en razón de la novedad y trascendencia de la temática tratada, para propiciar su conocimiento y difusión en la comunidad jurídica y la sociedad en general.

A partir del 1 de enero del año 2011, que entró en vigencia el actual Código Procesal Penal, la Sala tiene circunscrita su competencia para conocer del recurso de casación penal contra las sentencias definitivas y autos que pongan fin al proceso o la pena, que imposibilitan la continuación de las actuaciones o que deniegan la extinción de la pena, dictados o confirmados en segunda instancia, es decir, por el tribunal que resuelva el recurso de apelación.

No obstante, por disposiciones transitorias, los procesos iniciados antes de la derogatoria, se continúan tramitando conforme a la normativa anterior. Y por ello, un apartado de esta edición se dedica a los fallos más representativos dictados en el año 2016, en aplicación ultractiva del Código Procesal Penal de 1998. Los cuales siguen resultando de mucha utilidad, en tanto la normativa refrendada mantiene la mayoría de instituciones de la normativa derogada, y se mantienen vigentes muchas de las interpretaciones jurisprudenciales al respecto.

Por otra parte, desde el año 2012, la Sala de lo Penal se enrumbó de forma determinante en el proceso de modernización de la administración de justicia, centrando sus esfuerzos en saldar la mora judicial acumulada, estandarizar y optimizar la calidad de las resoluciones, capacitar a su talento humano e implementar el uso de las nuevas tecnologías de la información en la gestión del despacho judicial y el sistema de notificaciones, con el fin de garantizar el acceso a la justicia y humanizar el servicio que se brinda.

Parte de ese esfuerzo y de la concepción de una justicia más humana, accesible y acorde a las exigencias de estos nuevos tiempos, se percibe en este compendio de sentencias. Se han incluido en esta edición, por ejemplo, algunas consideraciones de la Sala sobre el acceso a la jurisdicción y el derecho a recurrir, con el establecimiento de criterios que tienden a la flexibilización en el examen de los requisitos formales de los recursos de casación.

También, en este ejemplar, se encontrarán pronunciamientos que reflejan la transversalidad de la perspectiva de género, aplicado al ámbito del proceso penal, como la acreditación probatoria de la misoginia como elemento configurativo del Feminicidio; reflexiones acerca de estereotipos y discriminación en

razón del género; y casos de Violación en Menor o Incapaz, precedida por unión matrimonial entre agresor y víctima, los cuales también se analizan bajo la óptica del interés superior de la niñez y adolescencia.

Además, cabe destacar los nuevos criterios establecidos por la Sala en cuanto a técnicas especiales de investigación y enjuiciamiento, dispuestas para combatir y procesar las actuales modalidades de la criminalidad organizada, como los agentes encubiertos, entregas vigiladas, intervenciones telefónicas, así como la realización de audiencias virtuales.

Se espera que la divulgación de las actuales líneas y criterios de la Sala de lo Penal, en cuanto al análisis de los distintos motivos de fondo y forma que habilitan el recurso de casación, fomente el debate jurídico de los distintos operadores del derecho; contribuya a la adecuada motivación de las sentencias penales, así como al ejercicio de una procuración más eficaz, tanto para imputados como para las víctimas; y coadyuve a la construcción de un mejor sistema impugnaticio, bajo una nueva dimensión del recurso de casación, conforme a las exigencias de las normas internacionales.

Corresponde reconocer y agradecer el trabajo de la actual configuración de la Sala de lo Penal, de sus colaboradores jurídicos y administrativos que sustentan tan loable labor en pro de la justicia; así como del personal de la Sección de Documentación Judicial y el Centro de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, que han hecho posible la edición y publicación de este volumen, que ahora la Sala pone a disposición de la sociedad.

Doris Luz Rivas Galindo
Magistrada Presidenta de la Sala de lo Penal

# LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO PENAL 2016

Código Procesal Penal Aplicado:
**D.L. Nº 904 del 04 de Diciembre de 1996 - DEROGADO**

## AGENTES ENCUBIERTOS

LEGISLACIÓN POSIBILITA LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES DEL ÓRGANO PERSONA A SUS AGENTES AUXILIARES

"El imputado [...], interpuso dos motivos de casación, los cuales denominó así: "ERROR IN PROCEDENDO, INOBSERVANCIA O ERROR EN LA APLICACIÓN DEL ARTICULO 162 INCISO TERCERO RELACIONADO CON LOS ARTÍCULOS 1, 15 Y 362 NÚMERO 3 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL". Sobre este defecto, el imputado construyó el razonamiento que a continuación se sintetiza: *"(...) el agente [...], de acuerdo al rol que desarrolló en la investigación se enmarca en la actividad ilegal de agente provocador, pues su función no consistió en la obtención e infiltración de una organización delictiva, sino que este buscó provocar para que se cometiese un ilícito penal relacionado con la narcoactividad, pues no había sido nombrado como agente encubierto conforme al Art. 4 LRARD, dicha disposición requiere para hacer este tipo de nombramiento la delegación expresa por el Director General de la Policía Nacional Civil, documento que no existe en el proceso, lo cual vuelve nula la actuación del referido agente encubierto. El agente [...], desde el día veinte de octubre del año dos mil diez estuvo realizando actividades de agente encubierto sin haber sido nombrado legalmente, ya que según informe de esa fecha el Comisionado [...], en calidad de jefe de la División Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil quien autoriza a realizar actividades de agente encubierto, sin embargo el Art. 4 LRARD es claro en establecer quien es agente encubierto. En el presente caso no existía nombramiento legal de agente encubierto del señor [...], pues dicha autorización no está firmada por el Director General de la Policía Nacional Civil como lo exige la ley (...) Asimismo es necesario señalar que en el presente caso se ha roto la cadena de custodia de la supuesta droga decomisada a mi persona, ya que a folios 24 del expediente consta el formulario de entrega y recibo de evidencia según declaración del agente [...], técnico identificador de drogas, [...], tomó la cadena de custodia desde las dieciséis horas y treinta minutos del día veintiuno de octubre del año dos mil diez hasta las cero una horas del día veintidós de octubre del mismo año; sin embargo, no se pudo autenticar la hoja de formularios de entrega y recibos de evidencia, ya que éste nunca reconoció su firma, ni declaró en el procedimiento de la prueba de campo, puesto que no declaró en audiencia de vista pública lo que genera vulneración el principio de legalidad al no tener certeza que la supuesta droga decomisada a la persona sea la misma que ha desfilado en la vista pública como evidencia material."(Sic).*

MOTIVO DOS: "ERROR IN PROCEDENDO, INOBSERVANCIA O ERRÓNEA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 4 Y 58 DE LA LEY REGULADORA DE LAS ACTIVIDADES RELATIVAS A LAS DROGAS, RELACIONADO CON EL ARTÍCULO 15, 162 Y 362 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL." En relación a este vicio, el señor [...], formuló la siguiente queja: *"Los agentes [...], no fueron autorizados legalmente como agentes encubiertos conforme al Art. 4 LRARD, sin embargo realizaron actividades de tales e incuso realizaron compra controlada de droga. No obstante lo anterior con la referida compra se realiza violentando las técnicas de compra controlada, ya que el Art. 58 de la Ley especial claramente señala que los agentes encubiertos podrán realizar compras controladas utilizando para ello dinero, valores o cualquier* otro *medio de pago efectivo que podrá ser facilitado por la misma institución policial, no consta en actas ni* en *ningún otro documento dentro del proceso que se hayan utilizado dineros o valores o cualquier medio de pago efectivo facilitado por la Policía Nacional Civil o la Fiscalía General de la República. Lo que implica que dicha compra se realizó sin utilizar la técnica que señala el referido artículo y como consecuencia de ello resultó ilegal el accionar de los agentes." (Sic).*

Por su parte, el licenciado [...], también alegó las siguientes causales: "INOBSERVANCIA DE PRECEPTO LEGAL QUE OBLIGA AL JUZGADOR A VALORAR LA PRUEBA DE CONFORMIDAD A LA SANA CRÍTICA, CON RELACIÓN A LA SUPUESTA OPERACIÓN DE COMPRA CONTROLADA DE DROGA SIN DINERO". En apoyo a su reclamo, expuso: *"De conformidad con las declaraciones de los testigos policiales todo el operativo en el lugar, día y hora se montó sobre la base de una operación encubierta de compraventa de droga, en la que los agentes encubiertos no hicieron requerimiento para que se les suministrara dinero legítimo a efecto de poder negociar y comprar la droga. Los agentes encubiertos prepararon paquetes de dinero falso, simulando dinero legítimo para los mismos fines de negociación y supuesta compraventa de droga. Una operación encubierta de compraventa de droga sin dinero legítimo ni simulado es un absurdo que hace verosímil la teoría fáctica de descargo consistente en la implantación de la droga a [...] (...) Debe agregarse que los agentes encubiertos no procedieron de conformidad a la técnica de compra controlada establecida en el Art. 58 LRARD, sino que simplemente pretendieron darle a la operación la apariencia de controlada, sin dinero legal ni parece con un supuesto vendedor que no exigió ver dinero de la supuesta compraventa, ni mostró interés en saber ni ver si el supuesto comprador tenía o no el supuesto dinero y que el supuesto vendedor vendía la droga al 25% de su valor comercial. Sin segur los procedimientos, sin requerimientos de dinero ni facción de paquete de dinero simulado, ni documentación, ni actas propias de este tipo de operaciones."(Sic).*

"NULIDAD ABSOLUTA POR INOBSERVANCIA DE DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES VISTOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEY." Respecto de este último defecto, el impetrante acotó: *"El nombramiento de agente encubierto de [...], fue hecho y firmado por el licenciado [...], en calidad de Jefe de la Unidad Especializada Antinarcóticos de la Fiscalía General de la República. El nombramiento del agente encubierto [...], fue hecho y firmado por el licenciado [...], en calidad de Jefe de la Unidad Especializada Antinarcóticos de*

*la Fiscalía General de la República. Ambos nombramientos son jurídicamente inválidos por las razones siguientes: 1. Los agentes encubiertos no fueron nombrados por el Director de la Policía Nacional Civil, ni por funcionario delegado expresamente por el mencionado Director, por escrito como deben hacerse este tipo de delegaciones delicadas, por lo que, los nombramientos son inválidos. 2. Los agentes encubiertos supuestamente nombrados no fueron autorizados expresamente por el Fiscal General de la República (titular de la Fiscalía General de la República) para la realización de actuaciones engañosas, por lo que actuaron ilegalmente, sin las autorizaciones debidas. Luego, considerando que el vicio inserto en el nombramiento de los supuestos agentes encubiertos afecta desde el inicio de la investigación y la realización de la supuesta compra controlada en donde se capturó a los procesados, resulta que tanto la investigación como todo el proceso son absolutamente nulos. Art. 224 No. 6 del Código Procesal Penal derogado que establece que el proceso penal es absolutamente nulo cuando* el acto *implique inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstos en nuestro ordenamiento jurídico."* (Sic)

Ciertamente, como se dijo con anterioridad por esta Sala, los impetrantes cumplieron con el requisito previsto por el Art. 423 del Código Procesal Penal, correspondiente a la presentación y desarrollo de manera separada de cada agravio con su fundamento y la solución pretendida; sin embargo, es evidente que tanto la defensa técnica como material pretenden se revise y anule la sentencia dictada en primera instancia, en atención a que ésta ha inobservado los Arts. 4 y 58 de la LRARD, defectos que, según el entender de los casacionistas, afectan su validez y legalidad. Así pues, en seguida, se dará respuesta completa y ordenada a cada uno de los reclamos formulados por los interesados.

MOTIVO UNO: "INOBSERVANCIA DEL ART. 4 DE LA LRARD."

La esencia de este reclamo descansa en la siguiente argumentación: Para que los agentes encubiertos puedan realizar actividades como tales, es indispensable que su nombramiento conste por escrito y emane por una parte, del Director General de la Policía, quien de manera explícita delegará tal función; y por otra parte, de la Fiscalía General de la República, entidad que avala en el transcurso de la operación investigativa concreta, la utilización de medios engañosos. Pero para el caso en discusión, la documentación que consta en autos, no revela tales circunstancias, razón por la cual todas las actuaciones se vuelven ilícitas y se enmarcan dentro del carácter de agente provocador, figura que no encuentra regulación dentro de la normativa penal.

A fin de conocer con exactitud el espíritu del precepto en cuestión, resulta pertinente retomar en primer término su contenido literal, así pues el Art. 4 LRARD contempla: *"AGENTE ENCUBIERTO. Todo miembro de la corporación policial, independientemente de su rango institucional, que haya sido nombrado por escrito como tal por el Director General de la Policía, o por agente de autoridad en la que él delegare dicha función, y que fuere autorizado por escrito por la Fiscalía General de la República para el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de detectar, investigar y probar conductas delincuenciales contempladas en la presente ley, o que igualmente haya sido autorizado dentro de la investigación y bajo estricta supervisión de la Fiscalía General de la República,*

*para la incitación o provocación de conductas a efecto de poder comprobar los hechos delictivos que se investiga. "(Sic).*

Sobre esta temática, la más pacífica y consolidada doctrina, concibe al "agente encubierto" como aquel miembro de la Policía que se infiltra en una organización criminal para obtener información de su estructura y funcionamiento. Para ello es indispensable actuar bajo el respaldo de una autorización fiscal y policial para cometer delitos y así poder ganarse la confianza de los miembros de la agrupación. Así pues, al "agente encubierto" se le impone en la función de averiguación del delito, descubrimiento y aseguramiento del delincuente, ya que se imbuye dentro de un ámbito delincuencial con el objetivo de obtener información sobre el quehacer ilícito, pues los datos que logre recolectar son de utilidad para constituir la pertinente prueba de cargo y así proceder con la persecución penal de los sujetos involucrados según la infracción cometida.

La jurisprudencia tanto internacional como interna, ha expuesto al respecto: *"Su actividad constituye una técnica de investigación necesaria para enfrentar cierto tipo de delincuencia. Atendiendo a la gravedad de los delitos en los que se puede realizar, la investigación encubierta se presenta como una herramienta útil y adaptada a la naturaleza y dinámica esencialmente clandestina en la que se desenvuelve la actividad delictiva que interesa desentrañar. En otras palabras, es un mecanismo no convencional de investigación, útil y necesario para combatir delitos no convencionales."* (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, San José. V-559-F-93).

De igual manera, la Sala de lo Constitucional ha manifestado al respecto: *"El agente encubierto es un miembro de la Policía que realiza funciones de investigación de delitos y que por lo mismo, la competencia para autorizar este tipo de agentes ha sido otorgada por ley al Fiscal General de la República, en virtud que no se trata de una simple investigación, sino de una autorización a una persona para que delinca a efecto de comprobar la participación delincuencia de otra u otras personas integrantes de una organización delictiva. con ello, se advierte la utilización de un criterio de jerarquía, en el cual se pretende asegurar mediante la intervención de un funcionario de mayor jerarquía, que la adopción de la medida se realice de manera excepción; puesto que, su utilización como medio de investigación tiene como consecuencia no sólo que una persona se encuentre autorizada a delinquir, sino también la posibilidad, que se le restrinja derechos fundamentales al investigado, específicamente al derecho a la libertad personal."* (Fallo 236-2002, Sala de lo Constitucional, pronunciado a las doce horas con quince minutos del día 16/12/2003).

Precisamente por la trascendencia que su intervención reviste dentro de la investigación, es indispensable que cumpla con los siguientes requisitos esenciales: 1. La existencia previa de una investigación, 2. Autorización institucional, 3. Que los actos se realicen en relación a una organización delictiva, y 4. Que exista un propósito legítimo de identificar a los partícipes de la organización criminal y recoger pruebas.

Al concentrarnos específicamente en el requisito número 2, referente a la venia institucional, debe decirse que ésta responde al principio de necesidad para la investigación, ya que el ente encargado fijará las limitaciones necesa-

rias y útiles para un adecuado respeto no sólo a los derechos de las personas investigadas o procesadas, sino también por velar la legalidad y validez de las actuaciones de indagación. Este principio está vinculado además con el de pertinencia, en cuanto a que garantiza a las partes la facultad de poder utilizar los medios de pruebas oportunos y coherentes para sustentar y defender sus hipótesis. Es evidente entonces, que el agente encubierto no actúa bajo su libérrimo criterio, pues se han construido frenos para que éste se desenvuelva en pleno respeto y coherencia de la legalidad y los derechos fundamentales, evitando así los abusos en el uso de su poder de coerción.

Es precisamente la competencia del órgano la que se discute en el caso de mérito, ya que tanto la defensa técnica como material indican que la calidad de agente encubierto se otorgó de manera ilegítima y en incumplimiento a la previsión legal, ya que la autorización fue dada por el Jefe de la División Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil y por el Jefe de la Unidad Especializada Antinarcotráfico de la Fiscalía General de la República, no así por el Director de la Policía Nacional Civil y por el Fiscal General de la República, no obstante ser facultad exclusiva de estos funcionarios avalar tal medio de investigación.

Para dar respuesta a esta queja, conviene retomar nuevamente el tenor literal de la disposición cuestionada; así pues, claramente el texto del Art. 4 LRARD *cita: "(...) Que haya sido nombrado por escrito como tal por* el *Director General de la Policía, o por agente de autoridad en la que él delegare dicha función y que fuere autorizado por escrito por la Fiscalía General de la República".*

En cuanto a la discusión respecto de la autorización acordada por la Fiscalía General de la República, en primer término es conveniente decir que esta institución ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia respecto de los demás órganos ajenos a su estructura, pero en colaboración con los mismos, tal como lo dispone el Art. 86 de la Constitución. Su naturaleza jurídica, según se desprende de los Arts. 191 al 193 de la Constitución, se trata de un *órgano institución,* a quien se confiere autonomía funcional y se reconoce su potestad de organización interna y el otorgamiento de un estatus al titular del órgano, es decir a la figura del Fiscal General de la República, quien se considera un *órgano persona.*

Ahora bien, la competencia del Fiscal General de la República, es improrrogable, pero puede darse una delegación que consiste en el desprendimiento de un deber funcional por parte de un superior jerárquico. En ese entendimiento, en el Art. 193 de la Constitución, se consignan una serie de funciones asignadas al titular de la Fiscalía General de la República, pero es evidente que todas éstas no pueden recaer sobre un único sujeto, ellas pueden ser ejercidas por medio de sus funcionarios, conforme al citado principio de unidad de actuación, de acuerdo a la relación de verticalidad que opera en la estructura interna de dicha Institución. Ese *mismo entender se ha consignado en el Art. 19 de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, que contempla:* "Las facultades conferidas por la Constitución, tratados internacionales y las leyes al Fiscal General de la República, serán desempeñadas por éste y por los funcionarios de la Fiscalía General a quienes él delegue en el ejercicio de las mismas".

Entonces, a partir de los conceptos anteriores es incuestionable que para el caso concreto, no existe un nombramiento ilegitimo capaz de destruir las actuaciones realizadas por el agente encubierto por ser consideradas violatorias a derechos fundamentales, por el contrario, se advierte que la legislación posibilita la delegación de funciones del órgano persona a sus agentes auxiliares.

Así ha sido comprendido por la jurisprudencia de esta Sala, al indicar: *"La figura de la delegación debe aplicarse y reconocerse de manera restringida aunque no restrictiva, en especial cuando se trate de funciones que de forma individualizada y expresa han sido atribuidas por ministerio de ley al Fiscal General para situaciones concretas, ya que esto no exonera la permisión de delegación tal como es el caso de las operaciones encubiertas. Al llevarse a cabo la delegación de dicha función no se estaría vulnerando el espíritu de la norma, la cual para revestir de seguridad jurídica al acto en mención ha establecido requisitos de forma con los cuales garantiza que dicha operación se encuentra sujeta a derecho."* (Sic. Fallo referencia 478-CAS2006, pronunciado por este Tribunal, a las once horas con cinco minutos del 29/07/2008).

Reforzando la postura anterior, se encuentra el fallo referencia 483-CAS-2009, dictado a las quince horas con trece minutos del día 06/04/2011, cuyo contenido señala: *"La Sala considera pertinente citar el criterio plasmado en la sentencia pronunciada por este Tribunal a las diez horas y dieciocho minutos del día treinta y uno de mayo de dos mil siete, bajo la referencia número 215-CAS-2006, la cual tiene su asidero en la Inconstitucionalidad número 64-2005, que en lo atinente dice: "...Nuestro sistema de organización administrativa se encuentra amparado en la teoría del órgano institución-persona y que, en cuanto a esta última concepción de órgano persona, se entenderá representado por la persona física que realiza la función o cumple la actividad administrativa, siendo su voluntad la que adopta las decisiones y resoluciones que sean necesarias, emitiendo los actos que se deben dictar, con la singularidad que esa voluntad expresada es imputable a la persona jurídica que integra, como si fuera la voluntad del órgano en cuestión. Así, las personas investidas de la función del órgano no obtienen sus poderes de sus predecesores sino directamente de la ley, dado que no hay herencia en las formas sino sucesión en el ejercicio de las prerrogativas concedidas por la Constitución a la función del órgano. (..) Las facultades asignadas en el Art. 193 Cn., no pueden ser ejercidas totalmente por una sola persona y es evidente que las mismas aparecen sin una distribución por niveles administrativos, de ahí la utilidad y viabilidad de la figura de la delegación de funciones, atendiendo a motivos de jerarquía y áreas de conocimiento o inclusive circunstanciales como la ausencia del titular oficial."* (Sic).

Aunado a ello, si bien es cierto el Art. 15 del Código Procesal Penal, indica que las operaciones encubiertas practicadas por la Policía Nacional Civil, deben estar previamente autorizadas por escrito por el Fiscal General de la República, sería un equívoco no reconocer en este precepto la delegación de funciones a la que insistentemente se ha hecho referencia, pues ello atentaría, además, contra la efectiva investigación y la pronta y cumplida justicia, ya que se podrían perder elementos de prueba vitales en la pesquisa del delito. Recuérdese, para que la delegación se concrete deben cumplirse los siguientes requisitos: que exista nor-

ma jurídica expresa en la cual se establezca la atribución a determinado órgano o ente estatal; que figure una habilitación normativa en el sentido de poder delegar ciertas facultades y finalmente, que se trate únicamente de funciones que no sean esenciales a ese órgano, quien a su vez se entiende conserva el ejercicio directo de esa atribución. Debe aclararse que no obstante lo anterior, no todas las actuaciones del Fiscal General de la República pueden ser delgadas, ya que existen ciertas atribuciones intransferibles por ser inherentes a la existencia del mismo órgano. El presente estudio se limita en concreto a la aplicación del Art. 4 LRARD en relación al Art. 15 Inc. 4° del Código Procesal Penal derogado.

En definitiva, se reconoce que para el caso en discusión, es válido el desprendimiento del deber del Fiscal General de la República hacia un subordinado, pues explícitamente el Art. 19 de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, permite trasladar el ejercicio de ese deber a otro individuo descargándolo sobre éste. Así pues, dentro de la prueba documental incorporada legítimamente a las actuaciones procesales, figuran identificadas en los números 7) y 18) las autorizaciones de nombramiento de agente encubierto suscritas por una parte, por el licenciado [...], en calidad de Jefe de la Unidad Especializada Antinarcótico de la Fiscalía General de la República, y por el licenciado [...], en carácter de Jefe de la Unidad Especializada Antinarcotráfico de la Fiscalía General de la República, en las cuales señalan: *"Al no ser factible penetrar en la estructura criminal mediante métodos ordinarios, es necesario autorizar el nombramiento de un agente de la Policía Nacional Civil, para poder disfrazar, ocultar su verdadera identidad, encubrir su función con el propósito de detectar, investigar y probar las conductas de narcotráfico y descubrir quién o quienes conforman la estructura criminal."*

De igual manera debe comprenderse el nombramiento que realiza el Director de la Policía Nacional Civil, ya que la LRARD, contempla la figura de la delegación en tanto que su texto normativo señala que la autorización puede ser efectuada por aquél o por algún agente de autoridad en la que él delegare la función. En coherencia con la venia normativa, tal como consta en el acervo documental probatorio, corre agregada según ordinales 8) y 19) la designación formulada por el Comisionado [...], quien en calidad de Jefe de la División Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil, nombró al cabo investigador [...], como agentes encubiertos.

En conclusión, existe una norma que establece la competencia para autorizar el nombramiento de agentes encubiertos al Director de la Policía Nacional Civil, concurriendo a su vez, una habilitación normativa que permite la delegación de funciones, tal como lo señala el Art. 4 de la LRARD y el Art. 19 de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República. Por tal razón, no puede accederse a la pretensión de los recurrentes, que consiste en anular la sentencia emitida por el Juzgado Especializado de Sentencia, ya que no concurre la supuesta inobservancia a precepto legal."

ACLARACIÓN CONCEPTUAL SOBRE LA FIGURA DEL AGENTE PROVOCADOR

"En cuanto al alegato de la defensa tendente a calificar las actuaciones de los policías encubiertos como agentes provocadores, es preciso hacer la siguien-

te aclaración conceptual. La figura del "provocador" supone que éste proponga e incite a delinquir para luego someter a investigación la comisión del ilícito penal impulsado; en cambio, el agente encubierto no influye en el conocimiento y voluntad del delincuente, pues en éste ya figura el propósito criminal. De tal suerte la actividad del encubierto se centra en la investigación del delito, con la venia de cometer infracciones, infiltrarse dentro de la agrupación cuestionada para conocer sobre los partícipes delincuenciales y las conductas negativas desplegadas. Con este panorama, se comprende que no se está en el marco de actuaciones de un agente provocador, sino dentro de las labores que contempla el Art. 4 LRARD, y que en definitiva las actuaciones de los agentes [...], no son ilegítimas, ni inválidas."

IMPOSIBILIDAD DE ACCEDER A LA PETICIÓN DE VULNERACIÓN A LA CADENA DE CUSTODIA, AL NO ADVERTIRSE EN LOS ARGUMENTOS DEL IMPUGNANTE INCONFORMIDAD RESPECTO AL INCUMPLIMIENTO DE CUALQUIERA DE SUS FASES

"Finalmente, en cuanto a la alegada cadena de custodia, conviene recordar qué se comprende por ésta. Así, 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 fin 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), es lo mismo recabado (o decomisado) en el propio escenario del delito o en otro lugar relacionado 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.).

Entonces, de acuerdo a lo expuesto, se trata de una serie de procedimientos que se relacionan con la recolección, levantamiento y aseguramiento de los rastros físicos de un evento, para su posterior incorporación al caso, y su utilidad radica en preservar la identidad de los objetos y a su vez, los resultados de las pericias que pudieran haberse practicado a la misma.

Surge evidente entonces, que la secuencia de 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. (Op. Cit.)

De acuerdo al recurrente, el error del recayó en disponer que ante la ausencia de verificación de la firma de hoja de control de evidencias por parte del perito encargado, se tornó imposible establecer que se trataba de la sustancia ilícita respecto de la que dieron cuenta los agentes captores y el técnico en identificación de drogas. Es indudable entonces, que el núcleo de la discusión de ninguna manera descansó en la pérdida de garantía de equivalencia entre lo decomisado y lo entregado al perito o la ausencia de equivalencia respecto del objeto tenido en la Policía Nacional Civil y posteriormente trasladado al Órgano Judicial, lo

que hubiese provocado como consecuencia, la estimación de prueba espuria, por ejemplo, por tratarse de una suplantada o fraudulenta, en cuyo caso habría una actuación ilícita de parte de las autoridades de policía dirigida a atribuir falsa evidencia al acusado. Para el caso en comentario ni siquiera señaló la presencia de procedimientos impropios que afectaron en la manipulación de la prueba, sino que su demérito se ubicó en la ausencia de cotejo de la firma impresa en la hoja de evidencias resguardada por la Policía Nacional Civil.

En ese sentido, no es posible acceder a la petición del impugnante, pues de sus argumentos no se advierte ni siquiera mínimamente la inconformidad respecto al incumplimiento a cualquiera de las fases de la cadena de custodia, sino que el aparente atropello fue enfocado a la luz de la falta de verificación de datos periféricos de las declaraciones policiales."

AUSENCIA DE AFECTACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS IMPUTADOS POR EL HECHO QUE LOS AGENTES ENCUBIERTOS EMPLEEN EN SUS OPERATIVOS PAQUETES SIMULADOS

"MOTIVO DOS: "INOBSERVANCIA AL ART. 58 LRARD."

La esencia de este reclamo recae en la circunstancia de la compra controlada de droga, ya que en ésta los agentes encubiertos [...], no hicieron requerimiento para que se les suministrare dinero legítimo a efectos de poder negociar y comprar la droga. Los agentes encubiertos prepararon paquetes de dinero falso, simulando dinero legítimo, transgrediendo completamente los términos del Art. 58 LRARD, el cual establece la técnica de la compra controlada.

La esencia de la disposición en comentario radica en que las compras controladas serán hechas por agentes encubiertos, utilizando ya sea dinero, valores o cualquier medio de pago efectivo, que puede provenir de las arcas de la institución policial. El empleo de "paquetes simulados" se utiliza frente a aquellos supuestos que se conoce previamente -debido a la amplia experiencia de los agentes encubiertos y la finalidad perseguida por el operativo policial- que la transacción de compra-venta no llegará a completarse, así pues, para el caso de mérito, previo a la supuesta entrega de los once mil dólares en concepto de pago de la cocaína, la finalidad perseguida por la corporación policial era la de aprehender a los sujetos distribuidores de la mercancía.

Debe recordarse que la actuación de los agentes encubiertos se enmarca dentro de la investigación de un hecho delictivo y para ello es válido utilizar "medios engañosos", tal como lo dispone el Art. 4 LRARD, con el objetivo primordial de investigar y probar conductas jurídicamente reprochables.

Entonces, no existe afectación a derechos fundamentales que los agentes encubiertos empleen en sus operativos, paquetes simulados.

Además, para el caso en concreto, las pruebas no arrojan esos resultados, ya que según las deposiciones de los agentes encubiertos y captores, el propósito perseguido era verificar si el supuesto objeto de la compraventa se trataba de una sustancia controlada y si así era el caso, proceder a la aprehensión de los partícipes, no así de confeccionar un paquete señuelo para los involucrados y luego seguir con las investigaciones.

En conclusión, tampoco ha existido una inobservancia a esta disposición especial, por el contrario, las actividades realizadas fueron llevadas a cabo con respeto de derechos fundamentales y la legalidad procesal."
*Sala de lo Penal, número de referencia: 9-CAS-2016, fecha de la resolución: 14/10/2016*

## AUDIENCIA ESPECIAL DE REVISIÓN DE MEDIDAS

RAZONES DE ORDEN LEGAL IMPIDEN A LA SALA DE LO PENAL LA REVISIÓN, MODIFICACIÓN O SUSTITUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES IMPUESTAS PREVIAMENTE

"Finalmente, esta Sala ha recibido escrito presentado por el señor [...], mediante el cual solicita sea realice audiencia especial de revisión de medidas cautelares, en tanto que el plazo de la detención provisional ha sido excedido.

Sobre este punto, es importante indicar que la competencia funcional del tribunal de casación se encuentra determinada a los términos de la normativa aplicable, reduciéndose las facultades de esta Sala al ámbito fijado exclusivamente para los asuntos previstos en la ley, permitiéndosele de tal forma, conocer de las causas expresamente determinadas, sin la posibilidad de valorar elementos probatorios o situaciones fácticas, verbigracia, el estudio de las circunstancias que darían lugar a la imposición de una u otra medida cautelar, tal como lo disponen los Arts. 292 y siguientes del Código Procesal Penal derogado pero aplicable al caso de mérito.

Aunado a lo anterior, según lo prescribe el Art. 304 del Código Procesal Penal en mención, no resulta viable el examen o variación de las medidas cautelares dentro del presente trámite, puesto que la resolución a emitir es objeto de apelación, precisamente por ello dicha institución procesal ha sido diseñada para las etapas procesales de instancia, no así para ser conocida en la fase excepcional que concierne a este recurso.

En consonancia con lo anterior, el legislador emitió el Decreto 549, de fecha nueve de diciembre del año dos mil diez, adicionando la respectiva interpretación auténtica del Art. 6 del Código Procesal Penal, en el entendido que los plazos máximos de detención provisional determinados en el inciso segundo de indicado precepto, se comprenden supeditados al lapso en que se tramita el proceso; situación diferente ocurre frente a una sentencia condenatoria aún no firme, pues mientras pende la resolución de un recurso la situación jurídica del sentenciado y la consecuente restricción de su libertad, corresponderían a la duración de la pena previsible y a las regla relativas a la suspensión o remisión de la pena o de la libertad condicional.

Estas razones de orden legal impiden a esta Sala la revisión, modificación o sustitución de las medidas cautelares impuestas previamente. Así ha sido comprendido en la reiterada jurisprudencia, verbigracia, los fallos 459-CAS-2011, 463-CAS-2011 y 112-CAS-2012, de fechas dos y cuatro de octubre del año dos mil trece, y quince de agosto del año dos mil catorce."
*Sala de lo Penal, número de referencia: 9-CAS-2016, fecha de la resolución: 14/10/2016*

## CHEQUE SIN PROVISIÓN DE FONDOS

POSIBILIDAD DE SUSPENDER LA VISTA PÚBLICA POR FALTA DE EXPERTICIA GRAFOTÉCNICA EN LOS CHEQUES

"Inicialmente, la Sala constata que en el libelo incoado por el Licenciado […] se argumentan vicios de fondo y de forma, sin embargo, con base en el principio de prelación, se resolverán inicialmente los defectos de procedimiento,-para luego, en caso de ser necesario- pronunciarse por el defecto In ludicando.

1.- El referido impelente alega un vicio basado en un supuesto de nulidad absoluta, manifestando en lo pertinente: "...[…], la jueza Licenciada […], ya había instalado y dado inicio a la vista pública en el proceso incoado en contra del encartado, rindió declaración indagatoria ante dicha funcionaria judicial, y se ordenó prueba de descargo; la vista pública que se había iniciado se encontraba suspendida, para continuarse después; la jueza que inició la vista pública y ante quien ya se había iniciado no solo dicha audiencia sino el desfile probatorio, era la jueza de sentencia, Licenciada […], las normas procesales indican que ella debió seguir conociendo de la reanudación de la vista pública hasta su conclusión, en razón del principio de inmediación (...) la identidad Física del juzgador que nos conduce a que siendo la inmediación, la aproximación entre el juez, las partes y los medios de prueba para llegar a una certeza, se impone que el mismo juzgador que dio inicio la audiencia de la Vista Pública, debe ser el mismo que le da conclusión a la misma, ya sea porque aprehendió los hechos, las pruebas y escucho también las alegaciones de las partes, siendo entonces que deba ser el mismo al que debe convencerse, y en base a ese convencimiento, es él quien debe decidir y no otro...". (Sic).

La sala considera que este motivo debe ser desestimado, conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes:

Según las diligencias, el tribunal A quo fundamentó la razón por la cual se suspendió la Vista Pública en que conoció la licenciada […], que el motivo de tal suspensión fue en razón que el imputado […], solicitó que se realizara la experticia Grafotécnica a los cheques objeto del juicio, lo cual fue aceptado por el A-quo y las partes procesales; por lo que, por mutuo acuerdo, se suspendió la correspondiente vista pública, y se reprogramó para […]. Llegada la fecha se recalendariza nuevamente en razón que no se contaba con el resultado de la experticia relacionada previamente."

AUSENCIA DE VULNERACIÓN A LAS REGLAS DE LA INMEDIACIÓN CUANDO LA VISTA PÚBLICA HA SIDO REPROGRAMADA

"De lo anterior, se colige que se agotó el tiempo de los diez días que establece la ley para reanudar la vista pública, con base en el Art. 333 Pr.Pn., que dispone: "... La audiencia se realizará sin interrupción, durante todas las sesiones consecutiva que sean necesarias hasta su terminación, pero se podrá suspender por un plazo máximo de diez días, computados continuamente, sólo una vez..."; estableciendo el Art. 334 Inc. 2° Pr.Pn., lo siguiente:

"...Si la audiencia no se reanuda, a más tardar, el undécimo día después de la suspensión, se considerará interrumpida y será realizada de nuevo desde su inicio...", siendo esta situación la que aconteció, requiriendo que se iniciara de nueva cuenta el juicio en atención a la interrupción de la vista pública.

Es de mencionar que el Art. 333 Pr. Pn., aplica a aquellos caso en que se haya iniciado la vista pública y esta se suspenda por las causales que taxativamente regula la disposición antes citada, pero en el subyudice el A- quo ha especificado la razón por qué suspendió la vista pública y procedía su reprogramación, tal como consta en el referido proceso; circunstancia procesal que constituye un supuesto diferente al alegado por el impugnante, ya que lo expresado por éste se refiere -como se ha indicado- a los casos de suspensión en donde si tiene que conocer el mismo Juez que dio inicio a la vista pública, pero en el particular, se sobrepasó el plazo de los diez días que establece el inciso 2° del referido Art. 334 Pr. Pn., siendo esta la razón por la que conoció de tal etapa del proceso el Licenciado […], quien llevó a cabo desde el inicio la vista pública como consta […], por lo que esta Sala no advierte vicio que declarar, pues, contrario a lo aducido por el recurrente, no se han vulnerado las reglas de inmediación, porque el funcionario judicial que llevó a cabo la vista pública tuvo contacto directo con los elementos de prueba desde su inicio y, por ende, se cumplieron los paramentos de Inmediación de prueba como la garantía del Juez natural."

FALTA DEL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO CUANDO EL QUE RECIBE UN CHEQUE SIN PROVISIÓN DE FONDOS NO DESCONOCE LA FALTA DE FONDOS

"En cuanto al segundo motivo, expresado como falta de fundamentación por inobservancia de las reglas de la sana crítica, Arts. 162 y 362 Nº 4 Pr. Pn., la Sala advierte que este reclamo presenta identidad de argumentos con el primer motivo de casación planteado por el Licenciado […], quien también aduce el vicio de falta de fundamentación de la sentencia conforme a los Arts. 130 y 362 Pr.Pn., razón por la cual ambos defectos serán resuelto de forma conjunta, en vista de contener identidad de argumentos, en tal sentido se considera:

En su escrito el impugnante […] expresa: "... que el principio lógico de razón suficiente se cumple cuando el razonamiento del juzgador está formado por deducciones originales de las pruebas y la sucesión de conclusiones que se van determinando con base en ellas; se viola este principio cuando la sentencia se base en elementos probatorios nulos en su contenido o significado, es decir, cuando se apoya en antecedentes inexactos o alterados o sobre datos no contenidos en los elementos probatorios incorporados al juicio, puesto que la inferencia expresada por el juzgador debe tener sustento en las pruebas incorporadas al juicio, por lo que al juzgador le está vedado arribar a conclusiones originadas en sus propias especulaciones o apreciaciones personales (.,.) se sostiene que se ha faltado a dicha regla, porque en la sentencia que se impugna, el fallo condenatorio debió derivar de los medios probatorios incorporados al proceso, sin embargo, del análisis de la sentencia se tiene que las conclusiones a las que llegó el sentenciador no pueden provenir de los medios invocados en la sentencia, pues existen otros medios probatorios de los cuales se coligen circunstancias

diferentes, específicamente en cuanto a la configuración del libramiento de cheque para que se trate de una conducta penalmente relevante..." (Sic).

En el mismo sentido el Licenciado […] en su memorial recursivo y quien interviene en calidad de defensor particular, cuando hace referencia al motivo primero, incoado por falta de fundamentación de la sentencia, menciona: "...se omite llevar a cabo un análisis, respecto de lo que en realidad la conducta que se dice criminosa le representa al juzgador, a fin de poder tener por establecido el que efectivamente mediante esa prueba en particular, ha existido ineludiblemente una contribución consciente al hecho, por cuanto no se explica cómo es que se tiene la certeza de que las entregas de los cheques se dieron sin el consentimiento de la supuesta víctima (...) Debe de señalarse de parte de este recurrente que por parte del Juez Sentenciador, se hace un proceso mecánico de lo que para el constituye el libramiento de cheque sin provisión de fondos, decimos esto porque tal cual si se tratase de una operación matemática, concluye que si existe un cheque firmado por una persona y el cheque no tiene fondos, ello es suficiente para colmar los presupuestos del tipo penal, obviando el hecho que por parte de las personas directamente involucradas en el tráfico de dichos documentos, valga decir los señores […], se habían realizado una serie de transacciones por un espacio temporal bastante prolongado, que evidenciaba que no se trataba del primer préstamo del dinero del segundo hacia el primero..." (Sic).

Como puede advertirse, los impugnantes han argumentado un defecto de motivación del proveído, en relación a las reglas de la sana crítica, específicamente, respecto del principio de derivación, argumentando que el proveído de mérito debió derivar de los medios probatorios incorporados al proceso, haciendo referencia a que la conclusión de A-quo no se puede mantener y que existen otros elementos de los cuales se coligen circunstancias distintas.

Además, denuncian infracción de los principios lógicos de derivación y razón suficiente, señalando concretamente que el razonamiento del juzgador debe estar basado en la sucesión de conclusiones que se van determinando, con base en la prueba, expresando quienes recurren, que del análisis de la sentencia se tiene que las conclusiones a las que llegó el juzgador no pueden provenir de los medios invocados en la sentencia, pues, existen otros de los cuales se coligen circunstancias diferentes, señalándose en el recurso presentado por el Licenciado […], una serie de elementos no analizados en función de la acreditación o no del aspecto subjetivo del delito, tal como relaciona el mismo impetrante […], el Tribunal, en la fundamentación descriptiva de la prueba señala que el señor […] entregó a la víctima una "infinidad" de cheques sin fondos y que se los devolvió al imputado; y éste, a su vez, le entregaba otros cheques en pago, expresando el recurrente que se ofreció prueba documental de descargo y el juez sentenciador no hizo mayor referencia de esta en la sentencia, pues sostiene se limitó a expresar que no se referían a los Cien Mil Dólares de los Estados Unidos de Norte América que originaron el presente proceso penal.

Asimismo, en el recurso interpuesto por el Licenciado […], se deja ver que el Tribunal de juicio obvió el hecho que, por parte de las personas directamente involucrados en el tráfico de dichos documentos, valga decir señores […], se habían realizado una serie de transacciones por un espacio temporal bastante prolongado, que evidenciaban que no se trataba el primer préstamo de dinero.

Conforme a lo anterior, esta Sala, al remitirse a la sentencia impugnada, advierte la relación de los elementos de prueba que desfilan al momento de la vista pública, y que el tribunal de juicio formula una amplia consideración en la sentencia sobre la naturaleza y efectos normativos del cheque, estableciendo que este título valor es un instrumento de pago y que como elementos esenciales del delito de cheque sin provisión de fondos se tiene el dolo, el cual debe estar orientado a que concurra un conocimiento y voluntad por parte del sujeto activo, para realizar la acción típica del delito, dejando ver […], que si se determina que ese conocimiento y esa voluntad son ausentes, "...el hecho que se haya entregado un cheque desconociendo que no tenía fondos es una circunstancia en donde no concurre el tipo penal..." (Sic).

Adviértase que el anterior extracto es entendido por esta Sala, pero en el sentido que si se ha entregado un título valor de la índole que nos ocupa, pero quien lo recibe no desconoce que no tiene fondos, es en este caso donde no concurre el elemento subjetivo del tipo, pues se está ante lo que la doctrina denomina desnaturalización del cheque, la cual consiste en "su empleo, no como instrumento de pago, sino a título de documento de crédito o garantía", tal como lo señala Roberto A.M. Terán Lomas, a pag. 78 de su compendio "el cheque ante el derecho penal".

El Tribunal recoge las consideraciones expresadas, cuando reconoce, a fs. 17 Párrafo 2° del proveído, que el cheque "no funciona como instrumento de garantía", consideraciones que son desarrolladas ampliamente en la sentencia documento, coligiéndose de la misma que el A quo, ha establecido claramente las premisas sobre las que formula un análisis probatorio, es decir, el establecimiento de la existencia o no del elemento subjetivo del tipo penal descrito en al Art. 243 Pn.

Se denota que el juzgador, al momento de plasmar los juicios valorativos y la conclusiones en la sentencia, este se basa en el dicho de la víctima y de la testigo […], así como también en la prueba documental y pericial que se relaciona en el proveído y de la que concluye que el imputado libró una serie de cheques en calidad de pago."

EFECTO: ANULACIÓN DE LA VISTA PÚBLICA ANTE LA FALTA DE FUNDAMENTACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL

"Cabe mencionar que de la fundamentación impugnada, se advierte que el A quo hizo acotaciones sobre el aspecto de desnaturalización del cheque y, por tanto, el proveído debió estar dotado de una serie de consideraciones estimativas en relación a indicar por qué tal figura no se dio, circunstancia que se encuentra ausente, tal como lo señala la defensa técnica, el juzgador aplica un criterio de responsabilidad que no se basa en la determinación o no del elemento dolo, lo anterior por cuanto en el desarrollo de la sentencia no existen estimaciones valorativas que permitan derivar -de forma válida-, la conclusión a la que arriba el A quo, pues omite la consideración de una serie de circunstancias sobre las cuales debió pronunciarse, para el caso, una relación comercial precedente,

cuyos elementos de determinación no debían dejar de ser valorados, porque estos vendrían a aportar un parámetro de amplitud a la esfera en que los hechos se dieron, debiendo el referido Tribunal, además, haber analizado integralmente del contenido de las testificales que sirvieron de base para dictar la sentencia impugnada, de la simple lectura del fallo se constata que tales declaraciones, no fueron consideradas individualmente ni con otros aspectos que rodearon el hecho.

Asimismo, el sentenciador para establecer la existencia del delito, se limita a expresar que la parte acusadora ofreció dos testimonios y que tales testigos, entre ellos la víctima, que no obstante tenían una doble calidad manifestaron que los cheques en referencia fueron entregados por el pago de Cien Mil Dólares que habían sido dados previamente al imputado.

En la misma sentencia, […] señala: "...La declaración de los testigos de cargo a Juicio del suscrito Juez, es creíble, en tanto que no se observa algún elemento que ponga en tela de duda la veracidad de los testigos que declararon en el Juicio por ello no existe circunstancia que lleve a considerar que las declaraciones de los referidos testigos han sido realizados por motivaciones espurias solo para afectar o perjudicar al imputado, no se ha demostrado alguna enemistad previa entre ellos que lleve a pensar que los testigos de cargo han declarado de la forma en que lo hicieron, con el único fin de afectar al imputado, por lo que a cada uno de las declaraciones que fueron recibidas en el Juicio se les concede valor probatorio

El extracto anterior es relacionado para efectos ilustrativos, pues la afirmación que señala el A quo sería derivada si éste hubiese fundamentado adecuadamente los aspectos relacionados con los elementos de descargo y con la actividad tendente a acreditar una relación comercial entre el imputado y la víctima, así como también debió pronunciarse sobre el aspecto relacionado a la multiplicidad de títulos emitidos, y a la falta de amparo documental de la cantidad a que se refiere el Tribunal; lo que no converge en el análisis intelectivo, lo cual, indistintamente de la conclusión a la que arribase el A quo debía ser objeto de valoración, a efecto que el proveído en recurso fuera la consecuencia de un análisis integral, lo cual no se cumple en caso de autos.

Cabe mencionar, que el juzgador, cuando hace referencia a la prueba documental de descargo, simplemente manifiesta que con ello se pretendía establecer que hubo relación de negocios antes de la acción objeto del proceso y que, por tanto, esa actividad "es ajena a la obligación o al pago que hace el señor […].

La circunstancia anterior no es compartida por esta Sala, pues, tal elemento si podría aportar un parámetro esencial que hubiese permitido arribar a una decisión debidamente fundamentada, en la que debió considerarse la reproducción histórica de los hechos, tal como se ha mencionado en precedente dictado por este Tribunal bajo la Ref. 347-Cas-2010, de las catorce horas y diez minutos del día quince de enero del año dos mil catorce; además, esta Sala no advierte un análisis concreto del elemento subjetivo, requisito que debió constar en vista, que en relación a este tipo de delitos debe hacerse énfasis en terminar -pero con razones suficientes- la ausencia o no de un supuesto de desnaturalización o bien la configuración del elemento subjetivo. En tal sentido, la posibilidad de satisfa-

cer la exigencia normativa del Art. 130 Pr.Pn., depende de lo que se denomina "postulado de completitud de la sentencia".

Por otro lado, sostener el delito de Cheque Sin Provisión de Fondos sin un análisis concreto del elemento subjetivo, implica, cuando concurren "circunstancias que deberían ser analizadas, admitir una responsabilidad objetiva, sin entrar a analizar si la conducta posterior configura o no delito o un incumplimiento de obligaciones de carácter mercantil.

Es por ello que la sentencia debió contener un razonamiento completo, en cuanto a las circunstancias que rodearon la entrega del referido título valor y motivar en uno u otro sentido a partir de estas circunstancias si el titulo valor tenía por finalidad el pago o bien constituir una garantía de pago.

Cabe señalar que en el ámbito penal no basta únicamente la delimitación del tipo objetivo, pues es indispensable determinar el elemento subjetivo rector de la conducta, sobre todo en delitos como éste donde lo penalmente relevante deviene del riesgo del bien jurídico, en tanto afecta el tráfico mercantil, e igualmente puede concurrir el carácter defraudatorio del cheque sin provisión de fondos, en la medida que el destinatario lo reciba ignorando la carencia de estos.

El dolo es el conocimiento y voluntad en la ejecución de una acción prevista como delictiva, lo que para el caso de autos implica un deliberado propósito de girar un cheque sabiendo la carencia de fondos y callando tal circunstancia. El tribunal de juicio debía haber motivado de forma suficiente en su proveído la teoría de la imputación objetiva, con base en la cual se analiza la posibilidad de atribuir o excluir determinados resultados delictivos, llamando la atención de esta Sala que, […], se relacionan los hechos que se estiman acreditados, punto que también ha sido objetado por la parte defensora, notándose que no se aporta en ellos la acreditación del elemento subjetivo del delito, sin embargo, al momento de hacer referencia a la acción realizada por el incoado, en un apartado distinto del proveído, el A quo concluye el establecimiento de los elementos objetivos del tipo en los hechos acusados, pero tal establecimiento no tienen a la base, como ya se expresó, un análisis completo y por ende derivado.

Con base en lo anterior, esta Sala considera procedente casar la sentencia de mérito y, a efecto que el tribunal de reenvío se pronuncie justificando su decisión con un análisis integral y derivado.

En razón de los efectos del vicio que se acoge, resulta inoficioso pronunciarse por el resto de motivos alegados en los recursos de casación presentados de forma independiente."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 2-CAS-2015, fecha de la resolución: 16/05/2016*

## DETERMINACIÓN DE LA PENA

DEBER DE LOS JUECES AL DICTAR SENTENCIA RAZONAR LOS MOTIVOS QUE JUSTIFICAN LA MEDIDA DE LA SANCIÓN IMPUESTA

"I. Delimitación de los agravios.

Conforme la expresión de agravios que contiene el libelo recursivo, se advierte que el punto en concreto a resolver por esta Sala, consiste en determinar,

si la pena de treinta años de prisión que impuso el a quo con motivo de la aplicación retroactiva de la reforma del Art. 129 N° 3 Pn., en favor de la imputada […] aparece fundamentada en razones válidas, según lo dispuesto en la parte final del inciso 2° del Art. 62 Pn.

II. Examen de la sentencia impugnada.

**a.** Para el logro de los fines que se dicen, es necesario examinar la sentencia que se impugna, de donde se constata que no existen argumentos que justifiquen la pena máxima de treinta años de prisión que se impuso; limitándose su fundamentación a los siguientes argumentos: "...es oportuno considerar que existe una reforma legal, que establece nuevos márgenes legales de pena (...) de acuerdo a la reforma aludida, la pena impuesta a la justiciable, treinta y cinco años de prisión, supera el límite máximo en abstracto. Considerando, que al momento de la imposición de esa docimetría penal en concreto, se encontraba dentro del ámbito de legalidad penal, porque la disposición penal así lo permitía, de acuerdo a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, extensión del daño causado y las circunstancias que rodearon los hechos. Los cuales no pueden ser objeto de revaloración por este funcionario judicial, en razón de que fueron verificados por uno que inmediando la prueba, formó génesis de la sentencia y la expresó en tal sentido en la Sentencia Definitiva notificada a las partes. Ahora el objeto de valoración de la presente, reside en si la pena impuesta supera la cuantía legal fijada por la Reforma del Art. 129 Numeral 3° del Código Penal (...) En consecuencia, la pena impuesta a la imputada, de treinta y cinco años de prisión, supera el máximo de la pena regulada por la reforma aludida por cinco años, siendo procedente aplicar la reforma mencionada de forma retroactiva, imponiéndole la pena de treinta años de prisión a la condenada..." (Sic).

**b.** Nótese que el Juzgador reconoce la validez de los fundamentos que determinaron la medida de la pena impuesta en la primera sentencia; específicamente, cuando en su resolución admite que en cuanto a la extensión del daño causado, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y aquellas especiales que rodearon los hechos, omite hacer una valoración, en razón de que éstas ya fueron consideradas en la sentencia que se modifica (28/03/2008), confirmando con ello la validez de las mismas en cuanto a la medida que se impuso en aquel momento (hasta acá no encuentra yerro esta Sala); sin embargo, vemos que el tribunal de instancia se limitó a determinar que la medida impuesta superaba –en cinco años- la cuantía máxima que se establece con la reforma del Art. 129 numeral 3° del Código Penal; y que por tal razón, en su lugar, impone la pena de treinta años de prisión, obviando dar fiel cumplimiento a la obligación contenida en el Art. 62 Pn., en el sentido de que, todo Juez, al momento de dictar sentencia y adecuar la pena, deberá razonar los motivos que justifican la medida de la sanción impuesta, so pena de incurrir en responsabilidad."

NULIDAD EN LA ADECUACIÓN DE LA PENA, POR FALTA DE FUNDAMENTACIÓN EN LA APLICACIÓN DE UNA LEY MÁS FAVORABLE

"Es preciso aclarar que el incumplimiento antes señalado, radica en que, no obstante que el a quo reconoció la validez de los fundamentos de la pena

contenidos en la sentencia original (28/03/2008), éstos –al ser examinados- no resultan congruentes con la medida que finalmente fijó; ya que, si bien es cierto el tribunal de instancia ha respetado los límites fronterizos que se establecen en la citada reforma (20 a 30 años de prisión), al adecuar la sanción en la pena máxima de treinta años de prisión, debió percatarse que los razonamientos que dejó válidos en la primera sentencia (28/03/2008), no justifican la imposición de la pena máxima; consecuentemente, la medida de treinta años de prisión que impuso, carece de fundamentos que la justifiquen, y por tal razón, debe ser anulada.

**d.** Debe señalarse que cuando como consecuencia del recurso de revisión por aplicación de una ley penal más favorable en cuanto a la pena, se procede a modificarla de una pena de mayor gravedad a los límites ulteriormente fijados en el tipo penal objeto de reforma, el juez al determinar la nueva pena, no puede obviar –si resulta más favorable al justiciable- la ponderación que para apreciar la gravedad del injusto y de la culpabilidad –Art.63 inciso primero CP-que en su momento se hizo y la pena concreta que se impuso – máxima, media, mínima, o con tendencia al máximo, al punto medio o al mínimo- de tal manera que la nueva pena que se imponga conforme a los nuevos límites, no puede ser más gravosa en los parámetros de apreciación que los que se tuvieron con anterioridad, puesto que debe imperar una regla parecida a la expresada en el artículo 440 inciso final CPP; en tal sentido, la nueva pena, debe al menos reflejar el mismo parámetro de desvalor que se tuvo al momento de fijar la primera pena, y nunca puede ser mayor al mismo."

PROCEDE ENMENDAR EL VICIO MEDIANTE REFORMA Y DETERMINAR LA PENA QUE SE ADECUA A LOS RAZONAMIENTOS QUE SE CONSIGNAN EN LA SENTENCIA ORIGINAL

**"e.** Como consecuencia de los hallazgos que se señalan, esta Sala concluye que es procedente darle la razón a los inconformes, en el sentido de que la pena máxima de treinta años de prisión que se impuso a la imputada […] carece de justificación, razón por la cual deberá enmendarse el vicio mediante la reforma de la sentencia –Art.427 inciso segundo CPP- y en su lugar, determinar la que se adecua a los razonamientos que se consignan en la sentencia original (28/03/2008) y a la petición concreta formulada en su oportunidad por la fiscalía.

**f.** También debe establecerse en esta sentencia, que los efectos de esta decisión son extensibles al imputado […] en tanto el Art. 410 Pr. Pn., instituye que cuando existan coimputados, el recurso interpuesto por uno de ellos favorecerá también a los demás, y siendo que la modificación que se hace con motivo de este recurso no tiene como fundamento motivos exclusivamente personales de la imputada […] sus efectos deben extenderse también en favor del coimputado […] tanto en la aplicación retroactiva de la reforma del Art. 129 N° 3 Pn., que contiene la sentencia objeto de este recurso (27/01/2015), como en la dosificación de la pena que se haga en la presente resolución; razón por la cual la pena impuesta a este justiciable deberá en su momento ser objeto de reforma, puesto

que concurre la misma situación de una pena nueva más favorable, la cual la Constitución y la ley –Arts. 21 Cn y 15 CP- mandan que se aplique bajo el criterio de favorabilidad de la nueva ley.

III. Determinación de la pena

**a.** Para fijar la pena que corresponde al presente caso, es preciso pasar a examinar lo que en la sentencia original (28/03/2008) se dijo, respecto de la determinación de la pena: [...Sobre la pena a imponer el Ministerio Público Fiscal solicitó a este Juzgado la imposición de una pena de prisión de CUARENTA AÑOS DE PRISIÓN, como autores del delito de HOMICIDIO AGRAVADO por haber existido Abuso de Superioridad. Este juzgador, también estima que se dio el abuso de superioridad, por ello impone la pena de TREINTA Y CINCO AÑOS DE PRISIÓN, a […] alias "[…]" y […] de sobrenombre "[…]" (...) En cuanto a las circunstancias agravantes, este Juzgador observa la concurrencia de abuso de superioridad, al utilizar instrumentos ideales para ocasionar la muerte de la víctima, en este caso arma de fuego, contempladas en el numeral 3° del Art.129 del Código Penal; por todo lo antes dicho es procedente aplicar una pena de TREINTA Y CINCO AÑOS DE PRISIÓN a los imputados […] alias "[…]" y […] de sobrenombre "[…]" (Sic).

**b.** De los anteriores argumentos se desprende, que la pena de treinta y cinco años impuesta originalmente, tuvo como fundamento la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad, contenida dentro del numeral 3 del Art. 129 Pn., y que es por tal razón que el a quo no impuso la pena mínima; siendo además observable que la pena solicitada por la fiscalía corresponde a una pena intermedia (40 años); de tal manera que, no advirtiéndose que se haya apreciado la concurrencia de atenuantes o agravantes de las enunciadas en los Arts. 29 y 30 del Código Penal, si bien tal situación no justifica per se imponer la pena mínima pretendida por los inconformes; tampoco se ve justificada la pena máxima contra la cual se viene recurriendo, puesto que la imposición del máximo de la pena debe tener razones especiales de justificación en cuanto "[...] al desvalor que corresponda al hecho [...]" y debe ser "[...] proporcional a su culpabilidad [...]" [Art. 63 inciso primero CP; lo cual obliga a que la determinación de la pena sea razonada en cuanto a los motivos de su determinación (Art. 62 inciso segundo CP]; por todo lo dicho, es razonablemente válido optar por una pena intermedia, la cual resultaría coincidente con la solicitada originalmente por la fiscalía.

**c.** En definitiva, siendo que el tribunal de sentencia condenó a […] a la pena de treinta años de prisión, tomando en cuenta la concurrencia de una de las agravantes contenidas en el N° 3 del Art. 129 Pn. (abuso de superioridad), esta Sala mantiene los argumentos del a quo en cuanto a la gravedad del daño por ser éste irreparable, al haberle causado la muerte a la víctima con abuso de superioridad; por lo cual considera que la pena de veinticinco años de prisión, es la medida que más se ajusta a las razones que se dicen en la sentencia original, tomando en cuenta el principio de necesidad y proporcionalidad de la pena que se establece en el Art. 5 Pn.; por tal razón, enmiéndese aquella sentencia, en el sentido de que tanto la imputada […] como […] deberán cumplir la pena de veinticinco años de prisión y no la que se determina en la sentencia que se impugna (27/01/2015) y en la sentencia original (28/03/2008); y en relación al justiciable

[…] la reforma de la pena se aplica como se expresó supra por mandato de ley en relación al efecto extensivo del recurso, que también tiene aplicación en materia de casación penal.

Por lo anterior, esta Sala procederá a modificar las penas impuestas a los mencionados imputados, de treinta y treinta y cinco años de prisión, respectivamente, por la pena de VEINTICINCO AÑOS DE PRISIÓN a cada uno de ellos."

INCOMPATIBLE PRONUNCIAR LA INADMISIBILIDAD DE UN RECURSO Y DESPUÉS ENTRAR A CONOCER DEL FONDO DEL ASUNTO

"IV. Rectificación.

**a.** Conviene por último, aplicar el artículo 429 CPP "Rectificación" en un punto de la sentencia impugnada, puesto que concurre un error de derecho –interpretación de norma procesal– que amerita ser corregido, así el juez sentenciador al resolver el recurso de revisión interpuesto sobre dos aspectos –aplicación de ley más favorable y valoración de aplicación de pena de veinte años de prisión por regla de penalidad de partícipes– declara inadmisible el recurso de revisión, pero invocando el principio de que el juez conoce el derecho procede a modificar la sentencia por aplicación de una norma más favorable [punto "v" y "vi" de la resolución impugnada y resolutivo 1 y 2 del fallo Fs. 483 a 484].

**b.** Lo anterior en derecho y en materia de recursos, es completamente incorrecto, puesto que la consecuencia natural de la inadmisibilidad, es que la causa no se considera por el fondo, es decir, declarado inadmisible un recurso, no podría conocerse después el planteamiento sustantivo que presenta el recurrente, puesto que ello lo impide la función de la declaratoria de inadmisibilidad que es un rechazo ad portas de la pretensión y ello vale para cualquier tipo de recurso –incluida la revisión– puesto que la inadmisibilidad genera la consecuencia de evitar el pronunciamiento de fondo de la pretensión del recurrente.

**c.** En efecto, sobre la inadmisibilidad en un sentido general se dice: "[...] Una vez interpuesto el recurso ante el Tribunal que dictó la resolución impugnada, éste deberá proceder a su examen para decidir acerca de su admisibilidad, el cual desemboca en un proveído que implica abrir o negar la vía impugnativa provocada por el recurrente [...]". [Manuel N. Ayan "Recursos en Materia Penal. Principios Generales, Marcos Lerner. Córdova, Argentina. 1985 p 143]; "La fase de admisibilidad constituye una etapa previa, en la cual se verifican requisitos formales [presupuestos] y condiciona la entrada del recurso a su consideración de fondo [...]". [Enrique Vescovi "Los Recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica". Depalma. Argentina. 1988 p 51]".

**d.** En consecuencia no debe el juez, pronunciar la inadmisibilidad de un recurso impetrado –en este caso revisión– y después entrar a conocer del fondo del asunto, puesto que ello es incompatible; y viendo el recurso impetrado y lo resuelto por el juez, lo que ha acontecido, es una errática interpretación de cómo deben resolverse la cuestión de los motivos aducidos, el recurrente en el recurso de revisión –como se expresó- planteó dos asuntos, el primero es la aplicación de una ley posterior más favorable a la condena –y el mismo es admisible- el otro, la cuestión de la valoración de la pena de conformidad a las reglas de la

complicidad, el juez podría desestimar la cuestión de la pena de la complicidad, si entiende que no es una cuestión concurrente, pero no puede declarar inadmisible en sí el recurso respecto de la aplicación de la ley favorable posterior a la condena, y después entrar ex office a conocer del mismo, puesto que no tendría esas facultades legales, por cuanto, el conocimiento de fondo, sólo lo habilita la admisión del recurso; de tal manera que sí podría desestimar un motivo, pero ello no significa declaratoria de inadmisibilidad del recurso.

**e.** En tal sentido, el conocimiento del recurso de revisión en el Código Procesal Penal aprobado mediante Decreto Legislativo 904 cuando se trata de ley favorable posterior a la condena sólo se habilita por la causal N° 6 del artículo 431 que dice: "Cuando corresponda aplicar una ley penal más favorable a la condena"; y ello no puede realizarse oficiosamente por los jueces, sino únicamente mediante la interposición del recurso de revisión y la declaratoria de admisibilidad del mismo para decidir por el fondo si procede aplicar una ley posterior más benigna conforme al principio de retroactividad favorable de la ley penal en atención al principio de legalidad penal.

**f.** Dicho todo lo anterior, se corrige el error de derecho de contenido procesal, que presenta la resolución impugnada, en el sentido que no es correcto declarar inadmisible un recurso –en este caso revisión- y después proceder a conocer del asunto oficiosamente."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 7-CAS-2015, fecha de la resolución: 25/01/2016*

## INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN

MONTO DE LA PENA A APLICAR ES UN PODER DISCRECIONAL DEL JUZGADOR Y SU EJERCICIO NO ES CONTROLABLE EN CASACIÓN

"Inicialmente, debe exponerse que el recurso de casación, cuyos fines primordiales los constituye la aplicación correcta de la ley, la justicia del caso concreto y la unificación de criterios jurisprudenciales, es un control de legalidad, tanto de forma como de fondo, que se proyecta sobre el asunto discutido y que, a su vez, se encuentra ceñido al contenido constitucional del derecho a la impugnación e igualmente al Debido Proceso. Sin embargo, la elaboración del escrito por parte del inconforme no es de libre determinación, sino que se encuentra sujeto a una serie de reglas legalmente previstas, las cuales deben ser cumplidas a fin de lograr abrir la vía impugnaticia.

En ese sentido, el inciso segundo del Art. 406 del Código Procesal Penal -aplicable al caso-, confiere la presentación del remedio a los sujetos procesales que les haya acordado dicha facultad, es decir, los que estén legitimados han de cumplir a cabalidad las condiciones de tiempo y modo determinadas en el citado texto normativo. Todo este cúmulo de previsiones da vida a los criterios de "impugnabilidad subjetiva". En el caso en comento, al conjugar los conceptos recién expuestos, en relación a las causales en estudio, no superan el examen preliminar de admisibilidad, por las razones siguientes:

Los alegatos han sido proyectados en términos sumamente genéricos; a criterio de esta Sede, no logran vislumbrar un agravio concreto, ya que la inconformidad del impugnante radica en denunciar que a pesar que se abordó la temática por el Tribunal de Alzada (conforme a lo solicitado, aplicación del Decreto 1009), no se determinó una pena que vaya acorde al promedio de vida en el país y el trato de dignidad humana conforme a criterios de expectativa de vida tratados por la "UNICEF". Esta situación genera un defecto en la fundamentación de los errores denunciados, pues entre los requisitos necesarios para desarrollar el vicio de casación, es que se refiere a los argumentos sostenidos por el Sentenciador por lo que no basta con aclarar cuáles son las expectativas particulares del recurrente sobre la decisión judicial o peor aún, cuando tales argumentos son efectuados a partir de la propia consideración de la parte postulante.

Ha sostenido esta Sala, al respecto, que es: *"...inexcusable que el impugnante realice una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos de la causa, conforme lo han declarado los jueces del plenario y a partir de ahí, demostrar en qué consiste el error jurídico en que incurrió el A-quo al calificar el hecho de determinada forma".* (Ref. 227-CAS-2009, del 19/11/2010); nada de esto ha sido desarrollado por la solicitante en ninguno de los motivos que se examinan; por consiguiente, se torna inadecuada su pretensión.

Cabe agregar, que los argumentos de la peticionaria, están orientados únicamente contra el monto de la pena impuesta a su patrocinado, quedando claro a partir de su propuesta en ambos reclamos, que no discute la existencia de ilícito alguno, ni la calificación legal determinada; pudiéndose concluir, a partir de lo argumentado, que la recurrente no impugna las circunstancias del ilícito penal antes expresadas, o de la individualización de la pena, dado que su planteamiento tiene como presupuesto de inconformidad sólo el monto de la pena (60 años de prisión), sin estructurar un desarrollo que demuestre la existencia de algún vicio en la determinación de la pena, en relación a la cantidad de años establecidos en la norma que se aplicó, sea por haber sobrepasado los límites de la sanción prevista o por la elección de una pena distinta a la indicada para la o las infracciones penales acreditadas.

De modo tal, que al no concurrir estas últimas circunstancias, en vista que los reproches se circunscriben exclusivamente a mostrar el desacuerdo con el monto de la penalidad, lo conducente es rechazar los reclamos referidos. Y es que, en repetidas decisiones esta Sala ha establecido que argumentos como los aquí estudiados no permiten habilitar el recurso, por estimar que: *"son atribuciones legales concedidas al Sentenciador, pues implica la apreciación de las circunstancias fácticas acreditadas en el debate" (Sic).* Véase sentencias de casación 626-CAS-2008 del 03/09/2010; y 76C2014 del 28/05/2014.

Diversos doctrinarios, al respecto refuerzan esta postura, así: Fernando De La Rúa, en su obra "La casación Penal", Pag. 64., expresa: *"...Son poderes discrecionales, y su ejercicio es incontrolable en casación, los relativos a la determinación de la pena...".* Por su parte, Raúl Washington Abalos, en su libro: "Derecho Procesal Penal", Tomo III, Pág. 484; dice que: *",..la ley no le ordena al Juez resolver en un sentido determinado, sino que deja librado a su criterio, el decidir en una u otra forma, según las circunstancias especiales que él apreciará. Por*

*ejemplo en el monto de la pena a aplicar en el caso concreto, dentro del mínimo* o *el máximo establecido abstractamente por la ley penal sustantiva. En estos casos no hay control de casación...".* (Sic).

En definitiva, por tratarse de alegaciones en el mismo sentido de los contenidos en los precedentes de esta Sala y la doctrina señalada, nada impide que tal criterio sea aplicado en el presente caso, debiéndose inadmitir los reclamos segundo y tercero del recurso analizado, por incumplir las exigencias de admisibilidad previstas por la ley."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 37-CAS-2015, fecha de la resolución: 17/03/2016*

## LEGÍTIMA DEFENSA

CONDUCTA PERMITIDA POR EL LEGISLADOR ANTE UNA AGRESIÓN VIOLENTA POR PARTE DE LA VÍCTIMA, LO CUAL DEBE VALORARSE CONFORME LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

"2.- Se partirá recordando que la sentencia al constituir una unidad inseparable de decisión en tanto que implica un juicio sobre los hechos y sobre el derecho, se encuentra conformada por etapas de argumentación que pueden ser identificadas como descriptiva, fáctica, analítica y jurídica. En caso que el pronunciamiento judicial obviara cualquiera de estas etapas, incurriría en un error que imposibilitaría su subsistencia, ya que de acuerdo a las garantías que sustentan el debido proceso, el imperativo de motivación no sólo permite conocer a las partes procesales de la manera más explicativa, asertiva y no hipotética, sobre el iter lógico seguido por el juez para llegar a la conclusión de certeza -ya sobre la absolución, ya sobre la condena de los imputados-; sino también, implica la obligación por parte del juzgador de expresar sin ambigüedad sus argumentos, ya que debe responder suficiente y de manera clara a los requerimientos de los sujetos procesales, pues de tal forma se verán cumplidos los requisitos referentes a la claridad, logicidad, legitimidad y completitud.

Así, al hablar de insuficiente fundamentación de la sentencia, se comprende que en el fallo el sentenciador no estableció con claridad cuáles fueron sus consideraciones a los fines de determinar la autoría y consiguiente responsabilidad penal del imputado, siendo que se limitó a señalar de manera aislada cada elemento probatorio, sin apoyarse correctamente en las pruebas aportadas, con su debido análisis y comparación.

Asimismo, es menester traer a colación el sistema de valoración que demanda el régimen procesal vigente, a saber, la sana crítica racional según lo establece el Art. 179 del Código Procesal Penal, donde los jueces y tribunales, al evaluar la prueba, lo harán libremente, pero sin contravenir los principios de la lógica, la psicología y la experiencia común; igualmente, conlleva aparejada la obligación de motivar, esto es, de expresar las razones jurídicas, lógicas, científicas o técnicas, por las cuales ha otorgado valor o desestimado algún medio probatorio, tal como lo establece el Art. 144 Inc. 2° Pr. Pn.

Es en la parte intelectiva de un pronunciamiento donde se podrá identificar cómo el Juez evalúa la veracidad de los elementos de prueba, otorgándoles determinado valor a través de juicios lógicos y razonables. Y es que, si bien es cierto, la ley no indica el peso que debe otorgarse a determinada prueba, sí establece los parámetros o cánones que corresponde observar en la estimación del plexo probatorio.

Al reflexionar sobre la sana crítica racional, según la doctrina, su consistencia es definida como: "Libertad de apreciación por parte de los órganos jurisdiccionales de los distintos medios practicados sin sujeción por ello a normas legales". (Sic). Cfr. ASCENCIO MELLADO, J., Derecho Procesal Civil, P. 158, Parte Primera, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1997.

Ciertos autores, al evaluar el papel que desempeñan las reglas de la sana crítica, son enfáticos en señalar que constituyen: "Indicaciones que la ley hace al Juez del modo de valorar la prueba. La ley no impone al Juez el resultado de la valoración, pero sí le impone el camino o el medio, en concreto el método de cómo hacer la valoración: ese método es la razón y el de la lógica". (Sic). Nótese en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Civil, P. 172, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1995.

En efecto, la labor de esta Sala, respecto del supuesto sub júdice, es precisamente controlar la decisión del juzgador, sin abordar los hechos o las pruebas ponderadas en primera instancia, sino las deducciones e inferencias de éste, concluyendo si se encuentran o no dotadas de la coherencia y razonabilidad exigidas.

3.- Después de las anteriores consideraciones y con la finalidad de dilucidar si efectivamente fueron cometidos los equívocos denunciados, resulta oportuno remitirse a los juicios desarrollados en el pronunciamiento.

En ese sentido, el tribunal sentenciador expresó: "...Al analizar la prueba en su conjunto, se acredita la existencia del delito, con el dictamen de autopsia, que acredita que la causa de la muerte del señor […], fue por herida de abdomen producida por proyectil disparado con arma de fuego; con la certificación de la partida de defunción del señor (...) en la que consta que éste falleció a consecuencia de Herida Penetrante producida por proyectil disparado con arma de fuego. La AUTORÍA del señor […], en la muerte del señor […], se acredita con la declaración del imputado, rendida en juicio (...) Los hechos acusados se enmarcan en la descripción del ilícito de Homicidio...." (Sic.).

Continúa opinando que: El juicio (...) exige el examen sobre la antijuridicidad formal (ratio cognoscendi) y la antijuridicidad material (ratio essendi) que exige no sólo la puesta en peligro o lesión del bien jurídico, sino que además examinar si al momento de privar de la vida al señor […], por parte del imputado […], quien se encontraba en circunstancias que le hacen justificar tal acción, tal como lo prevé el mismo ordenamiento jurídico cuando regula la legítima defensa, habiéndose acreditado la existencia de tal permisión; por cuanto los elementos valorados acreditan que el imputado obró bajo la condición de legítima defensa, al responder a la agresión de que estaba siendo objeto con un corvo, con el cual ya lo había lesionado y no se detenía, según confesión del acusado, ratificada con la declaración de la testigo […]., que observó las lesiones que presentaba

su compañero de vida, inmediatamente después que ocurrieron los hechos, la cual no fue desacreditada, y la declaración del testigo […], quien acredita recibió llamada telefónica del imputado que manifestaba que había lesionado a una persona que lo atacó y el arma la iba a dejar en los servicios de la Subdelegación […], el cual acredita las manifestaciones realizadas por el acusado inmediato a ocurridos los hechos "(Sic.).

Persiste el tribunal de primera instancia: "...en el presente caso se concluye que […], actuó en defensa de su persona, al privarle la vida al señor […], con motivos justificados autorizado por el ordenamiento jurídico, ya que actuó ante una Agresión Ilegitima, al ser insultado y lesionado sin haber dado motivo alguno; la necesidad razonable de la defensa empleada para repeler el ataque del que estaba siendo víctima, se da ya que se encontraba lesionado, en el suelo, y siendo agredido con un corvo, por lo que hace uso del único medio que tenia para defenderse, su arma de equipo; el imputado en ningún momento provocó a la víctima, al contrario, ante los insultos de éste se sale de la tienda a contestar una llamada, siendo la víctima quien sale tras él insultándolo..." (Sic.).

Como primer punto, el impetrante expresa que el sentenciador para aplicar la excluyente de responsabilidad penal valoró la declaración de dos testigos y lo manifestado por el imputado, en las cuales se sostiene una aparente agresión de la víctima hacia el procesado, lo cual para el representante fiscal no puede corroborarse por no constar que el indilgado haya recibido asistencia médica por las lesiones ocasionadas; ni figura la puesta de una denuncia por éste, por lo que tenía que haberse hecho una mejor valoración para llegar a la conclusión que el imputado tuvo una necesidad razonable para emplear su defensa ante la agresión de la víctima.

Sobre el punto anterior, el sentenciador relacionó la declaración del imputado […], quien expresó que el día […], cuando oyó un grito que era de la víctima la cual comenzó a ultrajarlo, sacando el corvo de su vaina y hacia ademanes, el pidió un cerveza se la tomó y esperó un lapso de unos cinco minutos, posteriormente le cayó una llamada, el señor continuo siempre ofendiéndolo con palabra soeces, el lo ignoró, salió a responder su llamada, luego de un tiempo […], sintió un golpe fuerte en la espalda que le votó el teléfono comenzando nuevamente a insultarlo; él le contestaba, disculpe señor no quiero problemas con usted, pero la víctima sacó el corvo, se le abalanzó metiéndolo de punta y fue cuando él puso su mano en su abdomen, el corvo quedó enterrado en ésta, cuando vio la sangre se cortó un poco, la victima siguió abalanzándosele tirándole golpes con el corvo, haciéndole varias heridas en su brazo, en el momento que iba para atrás se tropezó y cayó, entonces sacó su arma, no teniendo opción, le disparó para detener la acción de la víctima no para quitarle la vida, se retiró porque alguien gritó que venían los hermanos y los hijos con los corvos y pistola, recibió asistencia médica […].

Asimismo el A quo acredita que la testigo […], compañera de vida del procesado […], expresó que el día […], con llanto expresando que le había pasado una desgracia, que había herido a una persona, a un señor que no conocía y no sabía cómo se llamaba, le dijo que pidiera auxilio y que le ayudara a llamar una ambulancia porque tenían que auxiliar al señor, ella tomó una camisa y se la

puso en el brazo izquierdo porque lo llevaba lleno de sangre y luego el procesado se fue sin decir adonde.

En igual forma, el juzgador manifiesta que con la declaración del señor […], se acreditó que el día […], escuchó a dos personas discutiendo, […], con otro señor y que cuando se acercó se escondió en un poste, escuchando que la víctima insultaba al procesado con palabras soeces y vio que el occiso portaba un corvo, con el cual le tiró entre cuatro y cinco machetazos expresándole "te llegó tu día, te voy a matar" y que el indilgado le expresaba que no quería tener problemas con él y que por favor se fuera, que luego la víctima se le fue encima de nuevo con el corvo y en ese momento se escuchó un disparo cayendo el occiso, escuchando […], que pedía auxilio y que llamaran una ambulancia y que el imputado estaba sangrando ya que […], le dio machetazos en la mano al enjuiciado; que éste se defendió porque sino el hubiera sido la víctima.

De la misma manera, relaciona el sentenciador que el testigo […], miembro de la Policía Nacional Civil, expresó que él se encontraba en la División de Finanzas […], en la cual era radio operador, ahí recibió llamada telefónica del imputado, quien manifestaba que había lesionado a una persona que la atacó, y el arma la iba a dejar en los servicios de la subdelegación […].

Ahora bien, al examinar los elementos antes expuestos y que fueron valorados en primera instancia, podemos observar que en el presente caso, no fue incorporado ningún elemento de convicción que le permita al juzgador sostener la ilicitud de la conducta atribuida al procesado, por el contrario lo expresado por todos los testigos complementan lo dicho por […].

En el mismo contexto, en los fundamentos de la sentencia, se advierte que el tribunal A quo describió la prueba que desfiló en el juicio y cuáles fueron los elementos probatorios extraídos de la misma, entre éstos, la deposición del procesado y las declaraciones de los testigos […], los cuales no fueron controvertidos por ninguna prueba por parte de la representación fiscal, elementos que generaron en el juzgador la convicción que si bien es cierto que el procesado […], privó de la vida a la víctima, este lo hizo en circunstancias que justifican su accionar, es decir, que su conducta está permitida por el ordenamiento jurídico, actuando éste en legítima defensa al responder a una agresión violenta por parte de la víctima, quien según lo relacionado, lo agredía con un corvo, tropezando el procesado y cayendo al suelo, continuando la víctima atacando por lo que el enjuiciado decidió dispararle con la pistola con el fin de contener la agresión por parte de la víctima.

Así las cosas, este tribunal al analizar los razonamientos expuestos por el A quo, concluye que la fundamentación, como sustento jurídico, es suficiente, por cuanto existe una puntualización de los argumentos sobre los cuales descansa la acreditación de los presupuestos mínimos legales para la constitución de la causa de justificación de responsabilidad penal contemplada en el Art. 27 N° 2 Pn., al haber razonado el tribunal de mérito sobre la base de los mismos, la existencia de la legítima defensa.

Estimando esta Sala, que habiéndose reunido los requisitos de motivación de las resoluciones judiciales exigidas en el Art. 144 del Código Procesal Penal, en torno a la configuración de la legítima defensa como excluyente de respon-

sabilidad penal, se vuelve improcedente casar la sentencia de mérito por este punto alegado.

Asimismo, expresa el recurrente que no se utilizaron adecuadamente las reglas de la lógica, ya que no se valoró íntegramente la prueba de cargo introducida legalmente al juicio, que de haber sido considerada hubiese conducido a una conclusión diferente.

En el análisis realizado al proveído de primera instancia, se puede observar que desfiló en el plenario suficiente evidencia con la que el A quo tuvo por acreditada la legítima defensa en el delito de homicidio simple, así como que no se incorporó ninguna prueba en la vista pública que contradijera la deposición del procesado y las declaraciones de los testigos; es decir, no discurrió prueba de cargo como lo pretende hacer creer el impugnante, ya que la única testigo presentada por la Fiscalía, […], a preguntas de la misma representación fiscal manifestó, que no sabía porqué había sido citada, que no recordaba haber rendido declaración en sede policial ni haber firmado ninguna acta de entrevista, que no recordaba cuando falleció el señor […], que éste era su suegro, papá de su compañero de vida; como se puede verificar dicha testigo no aportó elementos que incriminarán al procesado.

Respecto a los señalamientos planteados por el impetrante, en cuanto a que el proveído carece de motivación y que el fallo no es completo ni lógico, este tribunal advierte que no tiene razón el impugnante, ya que el juzgador sí motiva su sentencia, como ha quedado establecido supra, detallando los elementos que demuestran que el procesado cometió el ilícito; aún el mismo procesado confesó haber cometido la infracción; sin embargo, existieron elementos que no fueron desmentidos que acreditan que el accionar del indilgado estaba justificado, es decir, que actuó en legítima defensa. Además, no es cierto que no se mencionan los hechos probados como lo dice el impetrante, dado que si nos remitimos […] el acápite "HECHOS PROBADOS" describiéndose los mismos, […] se ubica el tema "CALIFICACIÓN JURÍDICA", donde se menciona que los hechos se enmarcan en la descripción del ilícito de Homicidio, previsto y sancionado en el Art. 128 del Código Penal.

En definitiva, esta Sala encuentra que la decisión de absolución dada por el tribunal de instancia ha sido fundamentada suficientemente y conforme con las reglas de la sana critica, habiendo motivado válidamente la aplicación excluyente de responsabilidad penal como lo es la legítima defensa, de conformidad con el N°2 del art. 27 Pn."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 19-CAS-2016, fecha de la resolución: 27/10/2016*

## PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA AUTORIZA APLICAR EFECTOS RETROACTIVOS DE UNA NUEVA LEY CUANDO ÉSTA SEA FAVORABLE AL PROCESADO

"En principio vemos que, en el Art. 38 Pr. Pn. (derogado), se dispone: *"...La prescripción se interrumpirá: 1) Por la declaratoria de rebeldía del imputado (...)*

*Desaparecida la causa de interrupción, el plazo comenzará a correr íntegramente...".*

Siempre en relación con la interrupción de la prescripción durante el procedimiento por la rebeldía del imputado, el Código Procesal Penal vigente, en su Art. 36 hoy establece: *"...La prescripción se interrumpirá: 1) Por la declaratoria de rebeldía del imputado (...) En el caso de rebeldía, el período de interrupción no excederá de tres años y después de éste comenzará a correr íntegramente el plazo respectivo de la prescripción de la acción penal, aumentado en un tercio...".*

Vemos claramente que en la normativa derogada no existe plazo para la interrupción de la prescripción del procedimiento por motivo de la rebeldía del imputado, por tanto, mientras éste se encuentre renuente al proceso, su situación jurídica permanecerá indefinida, pues, la persecución penal en su contra no prescribirá mientras se encuentre en estado de rebeldía.

Mientras que en la normativa vigente, se establece un límite temporal para la interrupción de la prescripción durante el procedimiento por motivo de la rebeldía del imputado, la cual no podrá exceder de tres años; y sólo después de transcurrido dicho término, comenzará a correr el plazo fijado para la prescripción de la persecución penal, el cual deberá ser aumentando en un tercio.

Ahora, repárese en lo que dispuso el legislador en cuanto a los efectos que debería dársele a esta reforma. Así vemos que, en el Art. 505 Pr. Pn. vigente, se deroga -de manera general, expresa y definitiva- la normativa procesal penal de 1998; reconociendo la vigencia de las reglas de imprescriptibilidad previstas en el inciso final de su Art. 34 Pr. Pn., derogado, las que deberán ser aplicadas a los hechos cometidos durante su vigencia. De ahí surge la primera aclaración que debe hacerse a la recurrente, y es que la excepción a la que alude el legislador en dicha norma, se refiere exclusivamente a los casos de tortura, actos de terrorismo, secuestro, genocidio, violación de las leyes o costumbres de guerra, desaparición forzada de personas, persecución política, ideológica, racial, por sexo o religión; no así a otros delitos como el de Cheque sin Provisión de Fondos.

Por otra parte, nótese que la norma se refiere a la imprescriptibilidad de la acción penal cuando ésta aún no ha sido iniciada, pues a los procesos penales ya iniciados con la normativa que se deroga, el legislador decidió -en el inciso último del citado artículo 505- la ultraactividad de la normativa derogada, ordenando que los procesos ya iniciados a partir de su vigencia, continuarán tramitándose hasta su finalización conforme a dicha normativa, advirtiéndose que no se hizo ninguna excepción expresa y específica en cuanto a la interrupción indefinida de la prescripción de la persecución penal por causa de la declaratoria de rebeldía del imputado.

En consecuencia, podemos concluir que el efecto del mencionado precepto -en principio y como regla de aplicación general- será que la normativa derogada (1998) deberá ser aplicada a aquellos casos pendientes de resolver y que acaecieron con anterioridad a la vigencia del nuevo Código Procesal Penal (2011).

Sin embargo, en atención a que la normativa constitucional -en sus artículos 15 y 21-, autoriza, de manera excepcional, los efectos retroactivos de una nueva ley cuando ésta sea favorable al delincuente, procede pasar a analizar a la luz

de la normativa y jurisprudencia constitucional, así como de las circunstancias especiales que caracterizan el caso concreto, si corresponde –en el presente caso- aplicar con efecto retroactivo el Art. 36 Pr. Pn., vigente."

ASPECTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES REFERENTES A LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES

"Véase lo que en relación a la irretroactividad de las leyes reza la Constitución en su Art. 15: *"Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley".* Por su parte, el Art. 21 prescribe: *"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... ".*

Acerca del contenido de la irretroactividad de las leyes a que se refieren las normas constitucionales antes transcritas, vemos que la jurisprudencia constitucional ha señalado que es una garantía fundamental vinculada al derecho de las personas (toda persona) a la seguridad jurídica, y como tal, comprende la prohibición de incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos por actos realizados con anterioridad a la entrada en vigencia de una nueva ley. Y en tal sentido, la prohibición implícita de que la ley no debe regular situaciones pretéritas (prohibición de retroactividad), salvo las excepciones que la misma normativa constitucional prescribe, está orientada a garantizarle al particular, qué derechos consolidados bajo la vigencia de la ley que los rigió, quedarán jurídicamente asegurados frente a toda posibilidad de privación [Sala de lo Constitucional- Sentencias de Amparo 4-D-96 de fecha 03/07/1997; 342-2000 de fecha 26/07/2002].

De lo anterior -por lógica-, podemos concluir que la retroactividad de la ley es precisamente el efecto que prohíbe la garantía de irretroactividad, pues aquélla (retroactividad) significa una extensión de la vigencia de la nueva ley (creada en un determinado momento histórico) hacia el pasado (momento anterior al de su creación), por tanto, sólo puede ser aplicada en los supuestos que la Constitución autoriza y cuando ciertas necesidades sociales lo justifican, y de ahí la razón fundamental del porqué la Constitución no garantiza un principio de irretroactividad absoluto [Sentencia de Amparo 342-2000 de fecha 26/07/2002, (punto 2.3) y Sentencia de Inconstitucionalidad 11-2005**,** de fecha 29/04/2011].

Ahora conviene pasar a precisar cuáles son esos supuestos que la Constitución autoriza y las necesidades sociales que justifican la aplicación retroactiva de una ley nueva."

CONDICIONES NECESARIAS PARA LA APLICACIÓN DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY PROCESAL

"En principio, esta Sala no encuentra controversia alguna en sostener –con apoyo en jurisprudencia constitucional- que los preceptos de naturaleza procesal penal, no quedan excluidos *per se* de las excepciones al principio de irretroactividad contenido en el Art. 21 Cn.; pues las normas procesales no sólo regulan

procedimientos, sino también cargas procesales, derechos y obligaciones (derecho de audiencia, de defensa, a recurrir, a asistencia técnica, igualdad procesal, etc.), y por tanto, el derecho procesal penal se encuentra comprendido en la terminología utilizada por el constituyente como "materia penal".

También coincide este Tribunal con dicha jurisprudencia en el sentido de afirmar que la aplicación retroactiva de una ley procesal no es automática, sino que deberá analizarse su favorabilidad, es decir, si garantiza – de forma directa y exclusiva- más posibilidades de defensa y oportunidades para acreditar dentro del proceso su inocencia, o si regula la actividad del delincuente apegándose en mayor medida al proceso constitucionalmente diseñado, Sentencia de Amparo 342-2000 de fecha 26/07/2002 (puntos 4.2 y 6.1).

Otro aspecto fundamental que debe tomarse en cuenta para la solución del presente conflicto, es que la retroactividad de una nueva ley que favorece al imputado debe estar basada en un derecho adquirido o situación jurídica consolidada, y no en una mera expectativas de adquisición de ese derecho, tal y como lo ha sostenido la Sala de lo Constitucional en sus resoluciones: *"...sólo puede hablarse de retroactividad de la ley cuando la norma posterior afecta situaciones agotadas o derechos consolidados, asumidos o integrados en el patrimonio del sujeto, y se pierden por la aplicación de la nueva ley* (...) *la retroactividad de la ley sólo puede quedar referida a derechos o a situaciones jurídicas consolidadas, a las que afecta realmente y nunca a meras expectativas de que tales derechos o situaciones existan o puedan producirse..."* [Sentencia de Amparo 4-D-96 de fecha 03/07/1997].

Y, en cuanto al tema de la prescripción de la acción penal en particular, conviene destacar lo que la Sala de Constitucional ha dicho: *"...La prescripción, en cuanto concede o atribuye un derecho por el simple transcurso del tiempo, queda integrado al patrimonio del particular, de tal manera que éste puede hacerlo valer y requerir su protección como cualquiera otro de sus derechos (...) cuando el transcurso del tiempo no ha producido aún esa transformación cualitativa, es decir, cuando lo que existe es una mera expectativa de convertirse en derecho subjetivo, la ley nueva puede afectar y efectivamente afecta la situación anterior, dado que todavía no ha podido consolidarse derecho alguno, precisamente por su falta de perfeccionamiento, lo que imposibilita jurídicamente su existencia y su protección jurisdiccional (...) cuando se trate de un plazo de prescripción ya cumplido, sea aquella adquisitiva o extintiva, por su medio se consolida un derecho que ingresa al patrimonio de su titular y, por tanto, la promulgación de una nueva ley relativa al mismo supuesto, no puede sustraer tal derecho de la esfera jurídica o círculo jurídico vital de su titular, sin violarlo, Por el contrario, cuando el plazo de prescripción contemplado por una ley aún está transcurriendo, o –en el contexto de un proceso iniciado bajo la ley antigua, como en el caso que nos ocupa– cuando se trata de plazos de prescripción cuyo cómputo inicia con la vigencia de la ley nueva, es evidente que el titular de la situación jurídica no tiene un derecho que se haya incorporado a su patrimonio; y por tanto, una ley nueva puede regir los presupuestos y condiciones de la prescripción, sin que ello suponga incurrir en retroactividad..."* Sentencia de Amparo 4-D-96 de fecha 03/07/1997.

Finalmente, se retoma la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que la aplicación y declaratoria de la prescripción del procedimiento penal, debe hacerse en atención a las circunstancias específicas que caracterizan cada caso particular; reconociéndose que la prescripción es materia penal de naturaleza sustantiva y que el hecho de que se encuentre regulado dentro de un precepto procesal, ello no modifica la naturaleza jurídica de su contenido; por tanto, es válido y congruente con el debido proceso la aplicación del Art. 21 Cn., que desarrolla el principio de la ley más favorable en los supuestos de materia penal, de manera que, si la normativa procesal penal vigente instituye la prescripción de la acción penal en el caso del imputado declarado rebelde, es asimilable aplicar retroactivamente la normativa vigente al caso concreto, Sentencia 61-CAS-2014 de fecha 29 de mayo de 2015."

PLAZO DEBE SER CONTABILIZADO A PARTIR DE LA DECLARATORIA DE LA REBELDÍA DEL IMPUTADO

"Conforme las normas y jurisprudencia que ha sido analizada, podemos concluir que -aunque en el caso en estudio- el proceso penal en contra del imputado se tramitó bajo la vigencia de la normativa derogada (Pr. Pn.1998) –ley anterior al hecho que motivó el proceso-, el plazo de la prescripción debe regirse por las reglas de la ley posterior (Código Procesal Penal de 2011), el cual deberá ser contabilizado a partir de la declaratoria de la rebeldía del imputado, en atención al principio constitucional de aplicación retroactiva de la ley que más le favorece en materia penal (Art. 21 Cn.) y porque al tiempo de la normativa derogada, ya existía el instituto de la prescripción de la acción penal como un derecho consolidado de naturaleza sustantiva a su favor, aunque la normativa procesal derogada no se lo reconociese fijando un plazo de interrupción de la prescripción en caso de rebeldía.

Y, en definitiva, esta Sala comprueba que ha sido correcta la aplicación retroactiva que hizo la *A quo* de los Arts. 31 N° 2, 32 N° 1, 34, 36 y 505 del Código Procesal Penal Vigente a partir del año 2011, ya que esta normativa establece un plazo para la interrupción de la prescripción a partir de la fecha de su rebeldía, reconociéndose en ella el derecho del imputado a la fijación de un plazo para la prescripción, que en todo caso, nace en su favor a partir de la garantía constitucional de aplicación de la ley penal más favorable, de conformidad con su carácter sustantivo o material, por tanto, no corresponde acceder a las pretensiones formuladas por la inconforme, de que se anule el sobreseimiento definitivo impugnado."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 89-CAS-2014, fecha de la resolución: 04/01/2016*

## PRESCRIPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR REBELDÍA DEL IMPUTADO

PLAZO SE RIGE POR LAS REGLAS DE LA LEY POSTERIOR Y SE CONTABILIZA A PARTIR DE LA DECLARATORIA DE REBELDÍA, AL TENOR DEL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY MÁS FAVORABLE EN MATERIA PENAL

"Y, en cuanto al tema de la prescripción de la acción penal en particular, conviene destacar lo que la Sala de Constitucional ha dicho: "...La prescripción, en cuanto concede o atribuye un derecho por el simple transcurso del tiempo, queda integrado al patrimonio del particular, de tal manera que éste puede hacerlo valer y requerir su protección como cualquiera otro de sus derechos (...) cuando el transcurso del tiempo no ha producido aún esa transformación cualitativa, es decir, cuando lo que existe es una mera expectativa de convertirse en derecho subjetivo, la ley nueva puede afectar y efectivamente afecta la situación anterior, dado que todavía no ha podido consolidarse derecho alguno, precisamente por su falta de perfeccionamiento, lo que imposibilita jurídicamente su existencia y su protección jurisdiccional (...) cuando se trate de un plazo de prescripción ya cumplido, sea aquella adquisitiva o extintiva, por su medio se consolida un derecho que ingresa al patrimonio de su titular y, por tanto, la promulgación de una nueva ley relativa al mismo supuesto, no puede sustraer tal derecho de la esfera jurídica o círculo jurídico vital de su titular, sin violarlo, Por el contrario, cuando el plazo de prescripción contemplado por una ley aún está transcurriendo, o –en el contexto de un proceso iniciado bajo la ley antigua, como en el caso que nos ocupa– cuando se trata de plazos de prescripción cuyo cómputo inicia con la vigencia de la ley nueva, es evidente que el titular de la situación jurídica no tiene un derecho que se haya incorporado a su patrimonio; y por tanto, una ley nueva puede regir los presupuestos y condiciones de la prescripción, sin que ello suponga incurrir en retroactividad..." Sentencia de Amparo 4-D-96 de fecha 03/07/1997.

Finalmente, se retoma la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que la aplicación y declaratoria de la prescripción del procedimiento penal, debe hacerse en atención a las circunstancias específicas que caracterizan cada caso particular; reconociéndose que la prescripción es materia penal de naturaleza sustantiva y que el hecho de que se encuentre regulado dentro de un precepto procesal, ello no modifica la naturaleza jurídica de su contenido; por tanto, es válido y congruente con el debido proceso la aplicación del Art. 21 Cn., que desarrolla el principio de la ley más favorable en los supuestos de materia penal, de manera que, si la normativa procesal penal vigente instituye la prescripción de la acción penal en el caso del imputado declarado rebelde, es asimilable aplicar retroactivamente la normativa vigente al caso concreto, Sentencia 61-CAS-2014 de fecha 29 de mayo de 2015.

Conforme las normas y jurisprudencia que ha sido analizada, podemos concluir que -aunque en el caso en estudio- el proceso penal en contra del imputado se tramitó bajo la vigencia de la normativa derogada (Pr. Pn.1998) –ley anterior al hecho que motivó el proceso-, el plazo de la prescripción debe regirse por las reglas de la ley posterior (Código Procesal Penal de 2011), el cual deberá ser contabilizado a partir de la declaratoria de la rebeldía del imputado, en atención al principio constitucional de aplicación retroactiva de la ley que más le favorece en materia penal (Art. 21 Cn.) y porque al tiempo de la normativa derogada, ya existía el instituto de la prescripción de la acción penal como un derecho consolidado de naturaleza sustantiva a su favor, aunque la normativa procesal derogada no se lo reconociese fijando un plazo de interrupción de la prescripción en caso de rebeldía."

CORRECTA APLICACIÓN DE RETROACTIVIDAD DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL VIGENTE

"Y, en definitiva, esta Sala comprueba que ha sido correcta la aplicación retroactiva que hizo la A quo de los Arts. 31 Nº 2, 32 Nº 1, 34, 36 y 505 del Código Procesal Penal Vigente a partir del año 2011, ya que esta normativa establece un plazo para la interrupción de la prescripción a partir de la fecha de su rebeldía, reconociéndose en ella el derecho del imputado a la fijación de un plazo para la prescripción, que en todo caso, nace en su favor a partir de la garantía constitucional de aplicación de la ley penal más favorable, de conformidad con su carácter sustantivo o material, por tanto, no corresponde acceder a las pretensiones formuladas por la inconforme, de que se anule el sobreseimiento definitivo impugnado."
*Sala de lo Penal, número de referencia: 89-CAS-2014, fecha de la resolución: 04/01/2016*

## RECURSO DE REVISIÓN

NATURALEZA DEL RECURSO

"1) Bajo la presente se planta una situación que obliga a esta Sala, a reflexionar sobre aspectos que son de relevancia en cuanto al recurso de revisión y su respectivo tramite; es decir, la forma en que se ha concebido la naturaleza del medio en comento, pues existen posturas que sostiene que la revisión no debe entenderse como un recurso, sino como un "proceso" en lo que respecta al sentido formal, en el entendido que: "no es un verdadero proceso entre partes, por el que se ataca la cosa juzgada material de una sentencia penal firme, que es injusta con base a determinados motivos, en particular por causa de hechos falsos o de hechos nuevos". ("LA REVISIÓN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL"; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, Revista Doctrina y Jurisprudencia N° 19, 2001, Pág. 221).

A este respecto, hay que decir que en nuestro medio, desde el Código Procesal Penal de 1974, la revisión se concibe como un procedimiento extraordinario; desde luego, ambas concepciones aceptan que: "existe concordancia en cuanto a los rasgos esenciales de la revisión, pues invariablemente se otorga de las sentencias definitivas condenatorias ya ejecutoriadas, con el objeto de establecer posibles errores judiciales, que de resultar comprobados dan lugar a la anulación total o parcial de la sentencia impugnada". (Ref. 24-99 A, del 05-05-1999).

Se da por cierto, que el recurso de revisión, es un medio extraordinario y de excepción que permite corregir o reparar los errores judiciales en una sentencia condenatoria; y en vista que se sustenta en el principio de verdad real, está constituido como un mecanismo de impugnación con el objeto de rehabilitar a un inocente condenado."

IMPUGNABILIDAD OBJETIVA

"2) Otro aspecto a considerar, es en lo relativo al cumplimiento formal de la impugnabilidad objetiva del recurso de revisión. En este tema, corresponde invocar la base jurisprudencia) emitida por esta Sede. Al respecto, en el auto interlocutorio con Ref. 24-99A, del 05/05/1999, en el que se recalca el por qué las sentencias pronunciadas en revisión, por su naturaleza especial y extraordinaria no son objetivamente impugnables en esta vía. Habiéndose razonado, entre otros aspectos que: "Impugnar vía casación lo resuelto en revisión, implicaría reconocer la procedencia de promover tal recurso en desmedro de una resolución dictada en un procedimiento establecido en beneficio exclusivo del condenado y, además, significaría la posibilidad de recurrir en casación dos o más veces en un mismo proceso".

También este Tribunal ha considerado que existen casos impugnaciones de fallos en los que no se enmarca un supuesto de los establecidos en el Art. 422 CPP, siendo estos los siguientes: a) Cuando se impugna una sentencia de revisión que declaró nulo el fallo impugnado y absolvió al imputado y b) Cuando se impugna un fallo absolutorio emanado de una revisión; esto en vista que el procedimiento es considerado contrario a la casación, pues, la acción de ésta se desarrolla en el campo del proceso y está limitada a extinguir la pretensión punitiva dictada por el sentenciador, orientada a controlar la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia y proveídos con incidencia en el dispositivo, concluyendo que la casación procede únicamente contra las resoluciones pronunciadas por el Tribunal de Sentencia cuando no hubieran alcanzado firmeza. Véase Ref. 240-CAS-2005 del 12/12/2005"

POSIBILIDAD DE SER OBJETO DE CASACIÓN LAS RESOLUCIONES QUE MODIFICAN EL CONTENIDO DE LO RESUELTO EN LA SENTENCIA

"3) No obstante lo anterior, esta Sala también ha expresado que a la luz del Art. 14.5 en relación con el 2.3 Lit. B del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -debido a la naturaleza jurídica de la resolución emitida en respuesta a una revisión-, cuando ésta modifica el contenido de lo resuelto en la sentencia revisada, cumple con las características de ser sustancial dado su carácter *"definitivo y definitorio",* pues resuelve el fondo del asunto; es decir, la condena impuesta.

Frente a ello, se manifiesta, que de conformidad con el Art. 129 Inc. 1° Pr. Pn., debe ser considerada como una sentencia penal y quedar comprendida dentro de las resoluciones que pueden ser impugnadas mediante casación. Habiéndose afirmado que tal amplitud, emerge: "con la finalidad de garantizar el efectivo cumplimiento del acceso al recurso, en materia de aplicación de las reglas que rigen el proceso penal, las que inspiran el principio de presunción de inocencia, las de la lógica y la experiencia.". Véase Ref.317-CAS-2004 del 15/08/2006.

En ese mismo sentido, pero con un mayor énfasis en el acceso al recurso, apuntó la Sala Casacional que: "...cierto es que la cosa juzgada material

no es absoluta frente a la revisión instituida exclusivamente en favor del sujeto condenado; sin embargo, el ejercicio de la acción destinada a revisar un fallo para corregir errores judiciales, considerada como una garantía del individuo, no ha de entenderse en el sentido de que su accionar impide la función contralora recursiva, pues tal interpretación comportaría la supresión de otra garantía fundamental, cual es el derecho a interponer el recurso destinado a controlar por parte de un superior jerárquico lo actuado en el juicio de revisión". Véase Ref. 67-CAS-2006 del 04/04/2008.

Aplicando los más recientes criterios de este Tribunal de Casación, en cuanto al trámite del recurso de revisión, es de hacer notar que se extrae de los Art. 433, 434 y 437 CPP, que el recurso extraordinario como es la revisión se interpone ante el Juez o Tribunal que se haya pronunciado sobre el asunto, este una vez agotado el examen preliminar del procedimiento de revisión y admisión. Realizará una audiencia en la que se puedan discutir todos los nuevos argumentos por las partes y las pruebas ofrecidas, sin embargo cuando la prueba ofrecida fuese documental se procede a pronunciar la resolución que corresponda y en caso de declarar ha lugar lo solicitado, emitir directamente el fallo que corresponda.

En ese mismo sentido, si la prueba admitida no fuese solamente documental, el Juez deberá privarse directamente sobre la sentencia de revisión, pues, en ese supuesto es necesaria la convocación de las partes para una audiencia pública en la que se incorporen las testificales o periciales de carácter personal, en observancia al principio de legalidad de la prueba, Art. 15 y 162 CPP; finalizada la audiencia pública, se declarará a lugar o no el recurso de revisión; y si se trata de un supuesto donde se señala prueba personal, donde se requiera que se ordene el reenvió, el A quo solo podrá anular la sentencia revisada y ordenar la realización de un nuevo juicio, el cual será celebrado por Jueces o Jurados distintos a los que conocieron con anterioridad, aún en el nuevo Juicio la Ley impone límites, pues no podrá absolver ni modificar la sentencia como una nueva apreciación de los mismos hechos del primero, con prescindencia de los motivos que hicieron admisible la revisión. Cfr. 193-CAS-2012 del 14/07/2014"

IMPROCEDENTE CONOCER MEDIANTE RECURSO DE CASACIÓN LA RESOLUCIÓN EN LA QUE SE DECLARA NO HA LUGAR LOS MOTIVOS DE REVISIÓN INVOCADAS

"Al respecto, y tomando en cuenta las consideraciones efectuadas párrafos arriba, resulta atendible que, entre el universo de resoluciones que se podrían adoptar durante el trámite del recurso de revisión, todas aquellas que: a) Rechazan el recurso de revisión por ser formalmente inadmisible la pretensión; b) Cuando se declara no ha lugar los motivos invocados por razones de fondo, porque el recurrente no demuestra lo que pretende; y c) Cuando se acoge el recurso, se anula la sentencia revisada y se decreta la realización de un nuevo juicio, por tratarse de resoluciones que no alteran en modo alguno el contenido original del fallo impugnado, no ostentan la calidad de sentencia, ni siquiera se trata de un auto interlocutorio definitivo que le pone fin al proceso o hacen imposible su prosecución; razón por la cual, es dable concluir que dichas providencias

no pueden ser incluidas dentro de la gama de resoluciones susceptibles de ser impugnadas vía recurso de casación, conforme al Art. 422 Pr. Pn..

Así tenemos que, sin ignorar el contenido del Art. 129 Pr. Pn., sentencia definitiva es la que se provee luego de un juicio, excepcionalmente cabe incluir entre ellas la que se dicta luego de la revisión, pero únicamente cuando se producen modificaciones en el proveído original, ya sea para absolver o modificar la pena. La razón estriba en el hecho que ello importa aspectos que implican sustituir la sentencia original o complementarla.

En el presente caso, se está recurriendo ante esta Sala la resolución que tuvo por objeto tramitar la revisión y, que en su parte dispositiva, resolvió declarar sin lugar los motivos invocados, teniendo tal decisión como fundamento, que no concurrieron nuevos hechos o circunstancias con capacidad para modificar la sentencia revisada, conservando aquella su estado de firmeza.

De tal suerte que, a la luz del Art. 422 Pr. Pn., donde se enumeran en forma taxativa las resoluciones susceptibles de ser recurridas por esta vía, atendiendo a la clase de providencia, el tribunal de procedencia y el grado de conocimiento en la que se dicta, la interlocutoria que no acoge los motivos de revisión invocados, porque en la impugnación el recurrente no demuestra lo que pretende el interesado, definitivamente no puede ser incluida dentro de aquellas que objetivamente son impugnables mediante el recurso de casación.

En consecuencia, a partir de esta resolución se interpreta que el tipo de resolución a la que ha hecho referencia no constituye una sentencia definitiva y tampoco se adecua a la restante casuística del citado Art. 422 Pr. Pn., por lo que la misma no admite objetivamente casación."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 10-CAS-2015, fecha de la resolución: 25/05/2016*

# LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO PENAL 2016

Código Procesal Penal Aplicado:
**D.L. Nº 733 del 22 de Octubre de 2008 - VIGENTE**

## ACOSO SEXUAL

PARA QUE EL QUEBRANTO DE LOS ESTÁNDARES PREDISEÑADOS PARA LA INTRODUCCIÓN DE UN MEDIO O ELEMENTO PROBATORIO AL JUICIO SE CONFIGURE COMO VICIO DE LA SENTENCIA, EL FALLO DEBE TENER COMO BASE DE LA DECISIÓN ESA PRUEBA

PROPÓSITO

"En el primer motivo objeto de impugnación, el solicitante invoca que se han transgredido los Arts. 175 y 144 Pr.Pn., por estar basado el proveído en medios o elementos probatorios que no fueron incorporados legalmente al juicio, específicamente las fotografías, publicaciones del Diario El Mundo, la Prensa Gráfica y el video presentado como prueba de descargo, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 358 No. 3 Pr.Pn..

Para esta Sala el **primer motivo debe ser desestimado,** conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

Referente a este vicio de la sentencia, esta Sala expresa que toda información (elementos probatorios) que se pretenda suministrar al Juez para acreditar una tesis respecto del hecho que está bajo su conocimiento, debe ser allegada bajo los canales (medios) y formas (ofrecimiento en el momento procesal oportuno) predispuestos en la norma adjetiva penal y, además, ésta debe haber sido obtenida respetando los mecanismos diseñados para su obtención (pruebas lícitas); como un derivado de la garantía que todo sujeto acusado de la comisión de un delito, será juzgado conforme el Debido Proceso.

Desde luego que, para que el quebranto de los estándares prediseñados para la introducción de un medio o elemento probatorio al juicio se configure como vicio de la sentencia, el fallo tiene que tener como base de la decisión esa prueba; de lo contrario, pierde importancia que se haya incorporado en el debate.

En el caso que nos ocupa, el impetrante centra su reclamo *en que* para la obtención del material relacionado párrafos atrás, no se solicitó autorización judicial para su extracción, ni se demostró su autenticidad.

Al respecto, indica el proveído cuestionado que las circunstancias que se pretendían probar, fueron acreditadas mediante la prueba testimonial de descargo (deponente […]); la cual se concatena con las publicaciones del Diario El Mundo y La Prensa Gráfica, sobre la asistencia del incoado a la conferencia de prensa a que hace referencia el testigo, véase Fs. 74 Vto. del incidente. Funda-

mentos que no han sido objeto de oposición por parte del impetrante y, que por consiguiente, son incontrolables por este Tribunal casacional.

Determinando el Tribunal de Segunda Instancia que al utilizar el método de Exclusión Mental Hipotética, en la prueba de descargo consistente en las fotografías y el video presentado, la decisión proveída se mantiene invariable, permitiendo que se completara la resolución absolutoria acreditada por el tribunal, sin la necesidad de dichos elementos de convicción.

En conclusión, al no haber sido impugnado el fundamento de la Cámara resolutora, respecto del vigor que mantiene el fallo de primera instancia, por la deposición del testigo de descargo antes relacionado y, la otra prueba mencionada, se vuelve estéril descender a examinar si dichas probanzas no se incorporaron legalmente al plenario. La incongruencia que señala el impugnante no puede ser abordada en esta trama por carecer de armonía con el motivo invocado."

VULNERACIÓN A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA AL RESTARLE VALOR PROBATORIO A LA VERSIÓN DE LA VÍCTIMA Y LA TESTIGO DE CARGO

"El recurrente, en el segundo motivo, apunta que el fallo de Segunda Instancia adolece de la inobservancia de las reglas de la sana crítica respecto a medios o elementos de prueba de valor decisivo, Art. 400 No. 5 Pr.Pn., por considerar que el juzgador no realizó un análisis lógico de las declaraciones de la víctima y la testigo […], en relación a las bitácoras y al video grabado por la ofendida, el día once de enero del año dos mil trece, prescindiendo de valorar la incidencia de los elementos probatorios de manera integral para la comprobación de la participación delincuencial del incoado.

La Sala concluye que el **segundo motivo debe ser estimado,** por las razones que siguen:

En el fallo de apelación se indica que el sentenciador ponderó de manera razonada y en correlación de las pruebas relevantes aportadas, determinando la imposibilidad de acreditar las circunstancias y extremos fácticos presentados en la acusación, fundamentalmente en dos grandes temas:

A) El Tribunal de Segunda Instancia sostiene, en relación al evento suscitado aproximadamente a las once horas con treinta minutos del veintitrés de noviembre del año dos mil doce, que no se comprobó que el imputado ni la ofendida estuvieran en la Gobernación Departamental, a la hora indicada por la víctima y testigo, en virtud de haberse desacreditado la prueba de cargo, a través de la actividad probatoria de descargo dada por el testigo […], quien fue coincidente con la prueba documental y de fotografías presentada por la defensa, al igual que se ve contradicho con las copias certificadas del permiso solicitado por ella para toda la jornada de ese día.

Para verificar la vulneración de las reglas de la sana crítica que predica el impetrante respecto de los fundamentos que preceden, se vuelve necesario confrontar que las afirmaciones sostenidas en el fallo guarden concordancia con la prueba valorada. Como se advierte, la razón fundamental para restar crédito al dicho de la víctima y a la testigo de cargo, radica en el testimonio de […], y la prueba documental presentada por la defensa.

A página 885, consta que […], declaró que: *día veintitrés de noviembre del dos mil* doce (...) era el encargado de recibir a las autoridades (...) como (...) el gobernador [...], la misa comenzó a las diez aproximadamente (...) finalizó a las doce o doce horas con quince minutos, la evidencia que estuvo presente es que llevan un archivo, videos fotografías y los medios tendrán porque estaban presentes (...) después de la misa (...) un día antes (...) el veintidós le llamó [...] y le dijo que abría una conferencia para el veintitrés en la mañana pero en eso que estaba invitado a la misa lo pasaron para las doce (...) fueron a gobernación que está en el centro de gobierno, llegaron a las doce con veinte o veinticinco minutos, él llevaba una tarjeta a (...) *le* dijeron que no se encontraba, continuó detrás del gobernador (...) comienza inmediatamente (...) la conferencia (...) cuarenta y cinco minutos duró la conferencia...". (sic).

Respecto a la conferencia a la que hace alusión el testigo relacionado previamente, de la cual se incorporó copia certificada del acta número veintiséis de noviembre del año dos mil doce, el Tribunal de juicio hace un extracto de la misma y la relaciona como fundamentación descriptiva a fs. 883; en tal trascripción se lee que la reunión inicia a las nueve horas con veintiocho minutos del día veintitrés del mes y año antes relacionado, lo que en principio difiere con el dicho de […] que comenzó después de las doce horas; sin embargo, ni el Tribunal ni la Cámara hacen reparo sobre ello.

Y, al verificar el contenido de dicha certificación para constatar la hora que se relaciona en el fallo de primera instancia, se corrobora que, en efecto, se refleja que inició a las nueve horas con veintiocho minutos, que está suscrita por varias autoridades y, además que: *"...La reunión finaliza con la conferencia de prensa en el que las autoridades dieron a conocer que ya se encontraba listo el operativo de emergencia y seguridad del carnaval de San Miguel...".* Fs. 428.

Referente a las impresiones fotográficas, el Tribunal Sentenciador expone que se observan a diferentes personas en una conferencia de prensa y en celebración de una misa, en las cuales aparece la imagen del señor [...]. No obstante, al examinar la secuencia de las tomas fotográficas de la misa, que se reflejan en el folios 432, en la esquina inferior izquierda se hace referencia a la DSC00177, captada a las nueve horas cincuenta y seis minutos del día veintitrés de noviembre del dos mil doce, a la cual le preceden, y son visibles, desde la DSC00172, en la que se observan que: a) Los asistentes están de pie, b) Se sientan, c) Está un militar en el pulpito dando lectura, d) Aparecen nuevamente sentados los asistentes con apariencia de prestar atención a una persona que está al frente de ellos y, e) Permanecen en la misma actitud mencionada en el literal que antecede, hasta la imagen DSC00180; lo que indica que, probablemente la misa inició antes de las nueve horas cincuenta y dos minutos y *que,* para tener por válida la versión dada por el testigo de descargo, la MISA habría durado aproximadamente tres horas, ya que éste dijo que finalizó a las doce o doce y quince; sin embargo, en el fallo de Cámara analizado, por conexión el de Sentencia, no se hace consideración al respecto, ya que una Misa no dura ese lapso temporal.

En ese orden de ideas, pero referente a la conferencia de prensa que según el testigo en mención inició alrededor de las doce horas veinticinco minutos del veintitrés de noviembre del año en cita, aparece en la parte inferior izquierda del

folio 430, la toma DSC06322 de la susodicha conferencia, capturada a las once horas cuarenta y nueve minutos del día veintitrés de noviembre del dos mil doce. Una vez más, no se encuentra una consideración por parte de la Cámara o el Sentenciador que den razones por las cuales estás aparentes contradicciones son superadas en sus inferencias, al grado de sostener que son complementarias con lo sostenido por […].

En conclusión, esta Sala considera que respecto al punto examinado le asiste la razón al impetrante, en cuanto a la vulneración de las reglas de la sana crítica, al restarle valor probatorio a la versión de la víctima y una testigo de cargo, en razón de haber considerado que la prueba defensoril era de mayor peso, sin considerar los aspectos antes señalados. Además, en cuanto a que la ofendida se encontraba ese día realizando una diligencia oficial en otro lugar, la declarante manifestó que llegó a su oficina al terminar la diligencia oficial; por lo que, esto deberá ser valorado nuevamente a fin de establecer la validez de su argumento con el resto de probanzas."

CORRESPONDE A LA SALA ANULAR LAS RESOLUCIONES DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA Y ORDENAR DIRECTAMENTE LA REMISIÓN DE LA CAUSA AL TRIBUNAL DE SENTENCIA DE ORIGEN, PARA QUE UN JUEZ DISTINTO AL QUE CONOCIÓ CELEBRE LA AUDIENCIA DE REENVÍO

"B) La Cámara también sostuvo, referente al video grabado por la víctima mediante su dispositivo celular el once de enero del dos mil trece, que el juzgador construyó su convicción basándose en el ejercicio de reglas lógicas, por cuanto se observa que efectivamente en las imágenes congeladas del video, un acercamiento del imputado a la víctima quien se encuentra sentada en la silla de éste, mientras él se ubica en la parte posterior, haciendo tocamientos del rostro y cuello. Asimismo, de la conversación extraída por el perito [...], se deduce un diálogo referente a cuestiones laborales, pero no se refleja ningún rechazo verbal, ni actitud que indique desagrado de parte de la ofendida, quien se quedó sentada durante toda la conversación y al final le pidió un abrazo al imputado, estimando factible concluir que no se acreditaron los elementos del tipo penal, por cuanto no se estableció que la conducta realizada por el encausado fuera indeseada por la víctima, lo que deduce supuestamente de los resultados de la prueba científica.

No obstante, se verificó de Fs. 358 a 370, las imágenes y contenido del video en alusión, del cual se transcribe como ejemplo lo siguiente: […]

De la anterior traslación de la información contentiva en la documentación relacionada, se lee que la ofendida, le expresó al incoado su rechazo e incluso le reiteró en varias oportunidades que no la tocara; de manera que, la conclusión de Cámara y Sentencia que en ese medio probatorio no se visualiza ningún rechazo verbal, ni actitud que indique desagrado de parte de la ofendida, carece de fundamento; ya que dichas sede judiciales no han externado por qué, a su juicio, las frases de la víctima no reflejan su sentir ante el comportamiento del incoado. Asimismo, bajo qué parámetro consideraron que la actitud de ella de permanecer sentada en el escritorio es muestra de complacencia, tomando en cuenta el peritaje psicológico que le fue realizado.

Queda claro que no solo la resolución de Cámara adolece del defecto de vulneración de las reglas de la sana crítica respecto de medios o elementos probatorios de valor decisivo, sino que también el proveído de primera instancia, el cual ha sido examinado por la vinculatoria del motivo planteado y la respuesta que la Cámara dio al recurso de apelación de sentencias, que se le expuso referente a la causal ahora resuelta. A ello, se agrega que existen otras probanzas que deben ser valoradas conjuntamente con las ahora examinadas para llegar a la toma de la decisión, verbigracia: dictámenes Psicológicos de víctima *("Al momento la paciente evidencia síntomas de Tensión emocional, especialmente al evocar situación estresante en su vida, según su versión de* Acoso Sexual y por el mismo proceso judicial en el que se ha visto involucrada") y encausado ("No evidencia *síntomas de (...) trastorno mental, u otra enfermedad física o psíquica ( ...) se determina que (...) es capaz de comprender entre lo licito e ilícito de sus actos),* testigos de cargo ([...]: *"...es Viceministra de Gobernación (...) la niña* (Esta Sala indica que se menciona el nombre de la ofendida) *le pidió audiencia y le dijo que estaba siendo acosada por el señor [...], él le dijo que no era cierto, la dicente le sugirió (...) que no fuera a tener una conducta marginante (...) que le respetara su dignidad en el trabajo..."; [...]*: *"...Estuvo de sub gobernador (...)* (Esta Sala indica que se menciona el nombre de la ofendida) (...) *le comentó que tenía dificultades con (...) el gobernador [...] (...) que él le tocaba partes de su cuerpo... "),* Documental *(Memorándum de fecha ocho de abril de dos mil trece, realizado por el imputado (...) a la víctima (...) en el cual le manifiesta que sus nuevas funciones son: proporcionar apoyo logístico institucional gubernamentales, organizar espacios de mobiliario y equipo para la realización de eventos en las salas de reuniones, llevar el control de préstamos de mobiliario, llevar elaboración de depósitos para el archivo de matrimonios, actualización de inventario de bodegas y su mantenimiento...).*

En consecuencia, corresponde a esta Sede de conocimiento el anular ambas resoluciones y, ordenar directamente la remisión de la causa al Tribunal de Sentencia de origen para que un Juez distinto al que conoció, celebre la Audiencia de reenvío."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 172C2015, fecha de la resolución: 19/01/2016*

## ACTO DE NOTIFICACIÓN

CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA NULIDAD ABSOLUTA

"Esta Sala estima que el motivo invocado debe ser desestimado, en virtud de los razonamientos que se expresarán en los párrafos siguientes.

En los antecedentes de esta resolución, se detallaron las principales incidencias de la causa desde el momento de celebración del debate oral hasta la interposición del remedio de alzada por el encartado, por lo que no es necesario reiterarlos.

Corresponde ahora exponer de manera sucinta las consideraciones de la Cámara sentenciadora sobre las alegaciones relativas a la nulidad absoluta por ausencia de notificación de la convocatoria a la audiencia de lectura de sentencia a la defensa técnica del indiciado.

Previamente se aclara que en el escrito de apelación del imputado, este yerro no fue mencionado como un motivo autónomo, sino que fue planteado como parte de los antecedentes de la causa; no obstante, la Cámara de procedencia, en aplicación del principio de mínimo formalismo, consideró que las afirmaciones contenidas en dicha sección del escrito de alzada, permitían identificar la queja del apelante en cuanto a la infracción del principio de legalidad en la realización de un acto de comunicación defectuoso a sus abogadas defensoras. Por consiguiente, y ante la posibilidad de un vicio sancionado con nulidad absoluta, la Cámara decidió analizar este extremo como un reclamo separado.

En este análisis, el colegiado de alzada citó el criterio de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, correspondiente a la sentencia de hábeas corpus Ref. 351-2011, de fecha quince de febrero del año dos mil doce, en relación a la temática de los actos de comunicación. Enseguida, la sede de apelación comenta el sentido del extracto jurisprudencia) citado, concluyendo que es necesario, por imperativo constitucional, notificar directamente al imputado cuando la decisión constituya una privación directa y gravosa de un derecho fundamental, con objeto de permitirle hacer uso de los recursos legalmente dispuestos. De inmediato, se describen los documentos en los que se registra el traslado del imputado a las oficinas del tribunal el día […] y la esquela en la que se hizo constar la comunicación personal al imputado del contenido de la reposición del fallo de primera instancia.

Finalmente, las magistradas de alzada afirman que: “aun cuando el impetrante reclama que ha existido un acto de comunicación viciado [el realizado vía facsímil a su defensa técnica], lo cierto es que para los efectos de ejercer los derechos de defensa [entre otros] ante este Tribunal, el imputado y su defensa técnica se encuentran perfectamente habilitados desde el dos de octubre del presente año, fecha en que fue notificado personalmente. Prueba de lo anterior es el recurso de apelación que ahora nos ocupa, ya que el mismo es interpuesto...en contra de la sentencia condenatoria luego de ese acto de comunicación” (sic). En consecuencia, el tribunal de apelación determinó que el supuesto defecto de falta de notificación carece de relevancia para anular la condena dictada en primera instancia.

Es oportuno destacar que aun cuando los fundamentos desarrollados por la Cámara sobre la nulidad alegada fueron breves, ello no condiciona necesariamente su validez; pues, como se ha establecido en decisiones anteriores, este tribunal no evalúa la extensión de las razones plasmadas, sino su eficacia y corrección jurídica (Cfr. Sentencia de casación Ref. 38C2014, pronunciada el 15/05/2014), análisis que se efectuara en los párrafos siguientes.

3. A efecto de controlar la legalidad de los razonamientos vertidos por la sede de segunda instancia, es conveniente reflexionar sobre el instituto procesal de la nulidad absoluta, con particular énfasis en la exigencia legal de identificar un agravio en la esfera jurídica de la parte que invoca un defecto; asimismo,

habrá de formularse una breve consideración sobre el objeto de los actos de comunicación en el proceso penal.

En referencia a la nulidad absoluta, cabe indicar que ésta constituye una sanción prevista por el ordenamiento jurídico, para privar de efecto aquellos actos que se han realizado en contravención de las normas esenciales de procedimiento y aquellos efectuados con infracción de los derechos y garantías fundamentales de la persona humana. Por su carácter de defectos insalvables, el legislador ha permitido que las referidas nulidades puedan ser declaradas aún de manera oficiosa y en cualquier estado de la causa, de acuerdo al Art. 347, Inc. 1° Pr. Pn.

No obstante, la doctrina sostiene que la concepción moderna de la actividad procesal defectuosa excluye la declaratoria de la nulidad de manera automática y mecanizada; por lo tanto, aun cuando existan defectos de particular gravedad a los que se ha previsto la sanción de nulidad absoluta, se requiere evaluar si de manera efectiva se ha producido menoscabo en la esfera jurídica del sujeto procesal virtualmente afecto. Al respecto, conforme a consideraciones doctrinarias que esta sede comparte, se ha sostenido que: "La exigencia del interés cubre, también la posibilidad de declarar la nulidad absoluta; tampoco cuando de ella se trata es admisible declarar la nulidad por "la nulidad misma"; para hacerlo el vicio del acto tiene que haber interferido en los fines del proceso, y en el penal radica allí — básicamente — el interés para producir la declaración" (CREUS, C., Invalidez de los actos procesales penales, Editorial Astrea, Bs. As., 1997, P. 57).

Vinculado a este concepto doctrinario y con fundamento en la expresa previsión del Art. 345 Pr. Pn., en decisiones anteriores, esta Sala ha establecido que para anular cualquier tipo de actividad procesal defectuosa es indispensable que se identifique un agravio concreto al sujeto que alega el yerro (Cfr. Sentencia de casación Ref. 211-CAS-2006, de fecha 19/02/2007)."

ACTOS DE COMUNICACIÓN TIENEN COMO FUNCIÓN GARANTIZAR LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS JUSTICIABLES

"En lo concerniente a los actos de comunicación, esta sede considera que éstos son los mecanismos que permiten a la autoridad judicial hacer saber a las partes las actuaciones que resulten dentro de un proceso u procedimiento. Esta clase de actos tienen una función de garantía de los derechos individuales de los justiciables, ya que les posibilitan tomar exacto conocimiento de las conclusiones arribadas por el juzgador, dándole la oportunidad que puedan recurrir de lo resuelto cuando lo estimen pertinente (Cfr. Sentencia de casación Ref. 78C2013, pronunciada el día 10/07/2013). Aunado a ello, este tribunal advierte que en este ámbito de los actos de comunicación, rige el principio finalista, directriz que permite obviar las deficiencias formales al momento de realizar una notificación, cuando sea manifiesto que pese a éstas, tal comunicación ha generado la posibilidad real y concreta que el justiciable ejerza el derecho de defensa (Cfr. Resolución de improcedencia de amparo, Ref. 725-2014, dictada el 21/01/2015).

En relación con lo expuesto, es conveniente aclarar que el derecho constitucional de defensa implica dos dimensiones en el ámbito del proceso penal, como son la defensa material y la defensa técnica, cuyo alcance es el siguiente:

"La primera atañe a las facultades cuyo ejercicio compete al mismo imputado en el proceso, tal como su derecho a ofrecer prueba directamente, negarse a declarar, o, en caso contrario, aportar su propio relato de los hechos, donde el acusado es libre de suministrar información o datos que le favorezcan. La segunda, presupone la asistencia de un abogado que interviene en el proceso en representación y tutela de las pretensiones del acusado" (Sentencia de casación Ref. 570-CAS-2010, dictada el 03/03/2014). Obviamente, el abogado defensor no interviene en la causa por un interés propio, sino para velar por los derechos y garantías del encausado."

AUSENCIA DE YERRO AL NO PERJUDICARSE EFECTIVAMENTE EL DERECHO DE DEFENSA DEL ENCAUSADO

"4. Al interrelacionar los conceptos anteriores con los fundamentos expuestos en la resolución impugnada, se contempla que la Cámara proveyente decidió enfocar el abordaje del defecto alegado en el recurso de alzada, en los efectos concretos de la supuesta notificación defectuosa de la convocatoria a la audiencia de lectura de sentencia a las abogadas defensoras, dejando de lado la comprobación fáctica de la ocurrencia de este suceso; es decir, las magistradas de alzada priorizaron la trascendencia del eventual yerro, al ser evidente que el sindicado estaba impugnando, lo que sugería el cumplimiento de uno de los propósitos básicos del acto de comunicación.

En ese orden, de acuerdo a las circunstancias ya relacionados en los antecedentes de este resolución, a partir de haber recibido un escrito de la licenciada […] en el que se reclamaba la realización defectuosa de los actos de comunicación a la defensa técnica, el Tribunal Segundo de Sentencia […] consideró adecuado convocar al imputado a una audiencia especial con fecha dos de octubre del año dos mil quince, para notificarlo personalmente del contenido de la resolución dictada en su contra, otorgándole el exacto conocimiento de los fundamentos de ésta, abriéndole la posibilidad de impugnar el referido fallo en ejercicio del derecho de defensa material, no existiendo obstáculo alguno para que recibiese la asistencia técnica de sus abogadas defensoras durante el plazo que se le habilitó para recurrir (Cfr. sentencia de casación Ref. 191C2014, dictada el 09/03/2015).

Cabe resaltar que de la revisión de la carpeta judicial, que al encartado le fue proporcionada asistencia letrada de manera efectiva, dado que, la licenciada […] se hizo presente al despacho judicial en el momento de celebrarse la audiencia de notificación personal al imputado, el día dos de octubre del año dos mil quince, como claramente se indica en el escrito casacional.

Además, en aquella ocasión la referida profesional pidió que se le entregara copia simple de la sentencia de primera instancia, solicitud que fue concedida por el juzgador. Asimismo, consta que el escrito de apelación, firmado por el procesado, fue presentado en la secretaría del Tribunal de Sentencia por la licenciada […]. Estos hechos sugieren que el imputado recibió oportuna asistencia de sus defensoras para formular e interponer la apelación; de suerte, que no se advierte una limitación real y concreta al derecho de defensa y facultad de recurrir.

La segunda arista del motivo concierne al señalamiento de las litigantes sobre la ausencia de valoración de los documentos privados autenticados suscritos por el señor […], ejecutivo de cuentas corporativas de la empresa […], en los que se hacía constar la deshabilitación del telefax número […] y su transformación en "línea muerta" (sic) a partir del día dieciséis de octubre del año dos mil catorce.

En cuanto a este extremo, esta Sala procede a revisar la resolución impugnada, identificando que estos documentos no fueron objeto de particular consideración por la Cámara proveyente. Al respecto, es conveniente recordar que la oferta y producción de prueba ante la sede de apelación constituye una situación excepcional, que se rige por los siguientes postulados: "a) Taxatividad [que se traten de los tipos de error de procedimiento que señala el Art. 472 Pr.Pn.]; b) Utilidad [que la prueba sea concluyente para demostrar el error invocado]; y c) Modo [que se efectúe en el momento procesal oportuno, señalando de manera puntual el equívoco que pretende evidenciar)" (Sentencia de casación Ref. 285C2013, pronunciada el 15/05/2014). Esta sede estima que los referidos documentos no pueden ser ofrecidos como prueba en alzada en sentido estricto, debido a la mencionada exigencia de taxatividad, pues, el supuesto yerro que pretendían demostrar no es uno de los defectos enlistados en el Art. 472 Pr. Pn.

No obstante, ha de recordarse que la sede de alzada adoptó un enfoque particular, como ya fue explicado en párrafos precedentes, que consistió en analizar los efectos del supuesto equívoco en el proceso, a partir de las mismas alegaciones contenidas en el recurso de apelación sin detenerse en la veracidad de los hechos afirmados respecto a la inhabilitación técnica del medio electrónico señalado para recibir notificaciones.

Además, al determinar las magistradas de apelación que el eventual defecto no había producido un perjuicio que incidiera decisivamente en la posibilidad real de defensa del indiciado, era innecesario e irrelevante que el colegiado de alzada aludiera a la información contenida en estos documentos, pues, incluso en el supuesto hipotético de que se afirmara la veracidad de las proposiciones fácticas del apelante respecto a la defectuosa notificación a la defensa técnica, no se trata de un vicio trascendente, dado que la facultad del encartado para impugnar la decisión del Tribunal de Sentencia, con la debida asistencia letrada, no se vio menoscabada de manera irreparable. Consecuentemente, se vio cumplida la finalidad buscada por el aludido acto de comunicación.

Por otra parte, en el escrito casacional se afirma que las litigantes no contribuyeron a provocar el vicio de procedimiento que han denunciado; al respecto, es oportuno remarcar que todos los intervinientes en el proceso se encuentran vinculados por la obligación de probidad procesal, una de cuyas manifestaciones es advertir las situaciones que puedan obstaculizar el desarrollo del procedimiento para permitir su oportuna corrección. En ese sentido, si uno de los sujetos procesales sabe con certeza que un medio electrónico señalado para recibir actos de comunicación ha dejado de funcionar de manera definitiva, es exigible que lo pongan en conocimiento del tribunal inmediatamente a la ocurrencia de este hecho, dado que, a tenor del Art. 158 Pr. Pn., la autoridad judicial realizará los actos de comunicación usando preferentemente el medio que las partes indicaron en su primera intervención procesal.

Aunado a ello, como ya se indicó en párrafos anteriores, consta en la carpeta judicial que la defensa técnica del encausado reportó la inhabilitación técnica del telefax con número […], hasta el día veinte de mayo del año dos mil quince, según escrito […]; es decir, siete meses después del momento en que la propia parte afirma que este medio fue deshabilitado por la empresa proveedora del servicio de telecomunicaciones.

Es factible, entonces, visualizar una actitud omisa de las litigantes al informar tardíamente sobre lo antes referido, a pesar de ser previsible que se iban a generar dificultades en los actos de comunicación. Por lo tanto, es razonable suponer que tal pasividad favoreció la producción de la supuesta notificación defectuosa; lo anterior, no puede ser soslayado por este tribunal, dado que, como lo prevé expresamente el Art. 14 Pr. Pn., no se puede invocar una garantía cuando se ha contribuido a la vulneración de la misma.

En atención a las razones expuestas, se concluye que la Cámara de origen ha desarrollado una respuesta apegada a derecho en lo tocante a la petición de nulidad por la eventual notificación defectuosa a las partes, dado que, aun cuando el defecto hubiese sucedido en la forma alegada por la parte recurrente, éste no llegó a producir un perjuicio efectivo en el derecho de defensa del encausado; además, no se contempla que se haya incurrido en una exclusión de prueba ofrecida oportunamente en segunda instancia. Por consiguiente, el motivo en su conjunto debe decaer y así se declarará en el fallo."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 46C2016, fecha de la resolución: 31/05/2016*

EXISTE PRIVACIÓN PARA EXPONER ALEGATOS CUANDO SE EFECTÚAN ACTOS DE COMUNICACIÓN A UNA PERSONA QUE YA NO REPRESENTA AL PROCESADO

"5. Finalmente, este tribunal ha advertido una irregularidad en relación a los actos de comunicación realizados en el presente asunto. Al revisar con detenimiento el expediente judicial, se observa que, mediante auto de las once horas del día diecinueve de octubre del año dos mil quince, el Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador tuvo por nombrado al licenciado […], como defensor particular del imputado […], en sustitución de los nombrados con anterioridad […], previo a celebrar la reposición de la vista pública. Comprende esta Sala que, desde ese momento, todas las notificaciones deben realizarse a dicho abogado, por ser el profesional libremente elegido por el imputado, salvo que éste renuncie al encargo conferido o cuando se trate de un defensor que actúe conjuntamente con otros letrados y sea otro abogado el designado como representante común de la parte defensora, a tenor del Art. 99 Pr. Pn. Sin embargo, no consta ninguna de estas situaciones excepcionales en la carpeta judicial.

Sin embargo, se ha verificado que el emplazamiento para contestar los recursos de apelación […] y casación […] fue realizado a la licenciada […], en carácter de defensora pública, letrada que junto con otros agentes auxiliares de la Procuraduría General de la República, representaron al encausado en etapas procesales anteriores, pero que como se ha indicado, desde el día diecinueve

de octubre del año dos mil quince, existía el nombramiento de un abogado particular, habiendo cesado la intervención procesal de la defensa pública, según lo estatuido en el Art. 101 Pr. Pn.

Lo expuesto, implica que el sindicado se ha visto privado de la oportunidad de exponer sus alegatos de contestación en torno a los recursos incoados, ya sea de manera personal o por medio de su respectivo defensor, comprobándose una infracción al mandato legal de los Arts. 471 y 483 Pr. Pn. al haberse efectuado el acto de comunicación a una abogada que ya no representaba al procesado."

INNECESARIO DECLARAR NULIDAD CUANDO NO SE IDENTIFICA UNA AFECTACIÓN IRREPARABLE EN PERJUICIO DEL JUSTICIABLE

"Ahora bien, pese a haberse identificado el anterior quebrantamiento normativo, este tribunal destaca que nuestra normativa procesal penal vigente no acoge la vetusta concepción de la nulidad por la nulidad misma; sino que, conforme al Art. 345 Pr. Pn., esta sanción procesal sólo se impone cuando exista interés, lo cual concurre cuando se identifique una afectación irreparable en la esfera jurídica del justiciable. Y es que como se afirma en reflexiones doctrinarias compartidas por este tribunal: "La exigencia del interés cubre, también la posibilidad de declarar la nulidad absoluta; tampoco cuando de ella se trata es admisible declarar la nulidad por "la nulidad misma"; para hacerlo el vicio del acto tiene que haber interferido en los fines del proceso, y en el penal radica allí — básicamente — el interés para producir la declaración" (CREUS, C., Invalidez de los actos procesales penales, Editorial Astrea, Bs. As., 1997, P. 57).

En ese sentido, como ya quedó establecido en párrafos precedentes, se ha verificado que el recurso casacional de la agencia fiscal tiene defectos insalvables que impiden conocer sobre el fondo del mismo, arribándose a la conclusión que debe ser inadmitido; notándose que esta decisión implica el cese inmediato del proceso penal contra el encartado, al quedar firme el auto que inadmitió el recurso de alzada, y de manera refleja, el fallo absolutorio decretado en su oportunidad por el Juez sentenciador.

En particular, este tribunal es del criterio que es inoficioso declarar la nulidad por el referido equívoco, así como ordenar la reposición del acto procesal realizado de manera errónea; dado que resulta evidente que la prolongación del trámite penal como resultado de una eventual anulación constituye un mayor gravamen para el imputado (Cfr. Sentencia de casación Ref. 421C2015, pronunciada el 18/03/2016). Por tanto, esta sede considera que lo procedente es poner de manifiesto el yerro antes descrito para prevenir su repetición en asuntos futuros.

Consecuentemente, se apercibe a las Magistradas de la Cámara […] y al Juez Presidente del Tribunal […] para que en lo sucesivo, al efectuar emplazamientos y otros actos de comunicación, verifiquen con la debida diligencia que se realicen a las partes efectivamente acreditadas en la causa."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 129C2016, fecha de la resolución: 25/07/2016*

TELEOLOGÍA DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

"El recurrente se agravia de la inobservancia a las normas procesales, concretamente de aquellas que regulan los actos de comunicación, pues según su entendimiento el plazo que definiría el inicio del término de la interposición del recurso de apelación recae en la notificación personal que se agotó el día dieciocho de diciembre del año dos mil quince, no así de la noticia que se dio a las partes intervinientes en la audiencia especial celebrada por el Juzgado Quinto de Instrucción el día diez de los señalados mes y año.

A fin de construir un amplio panorama que de sustento a la respuesta que esta Sala elaborará, es necesario abordar previamente los siguientes temas: 1. La teleología del nuevo Código Procesal Penal. 2. El principio de oralidad. 3. El principio de bilateralidad de la audiencia o contradicción; y 4. Proceso de conocimiento de las decisiones judiciales a las partes intervinientes en el litigio.

1. Teleología del nuevo Código Procesal Penal.

Según consta en el preámbulo de dicho cuerpo normativo, la regulación adjetiva se rige bajo el sistema "mixto de tendencia acusatoria", ello supone que la orientación general de proceso recae en el predominio de la oralidad con una menor participación de la escritura, ya que de la ejecución oral de todo acto procesal, necesariamente deberá dejarse constancia procesal mediante acta escrita, de manera que la prueba de la realización del acto procesal oral así como de su contenido consta en el acta escrita.

Esta evolución supone además la vigencia del principio dispositivo en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, es decir, el juzgador se concreta a resolver exclusivamente el asunto que constituye el objeto del juicio y que se encuentra conformado por las cuestiones de fondo que se discuten y para cuyo juzgamiento se convoca a la audiencia del juicio (Cfr. Abarca Galeas, Luis Humberto. "Fundamentos Constitucionales del Sistema Procesal Oral Ecuatoriano." CNJ, Quito, 2006)

Así pues, en el curso de las exposiciones orales de los sujetos procesales, el juez permanece imparcial y solamente interviene interrumpiendo la exposición oral de cualesquiera de los sujetos cuando la está realizando con vulneración con normas del Debido Proceso.

En definitiva, la estructura jurídica constitucional del proceso oral dispositivo se regula por una doble estructura, la primera por las normas constitucionales que imponen al juez la obligación de ejercer la función de garante de los derechos humanos y las garantías del debido proceso que acoge la constitución, los convenios internacionales y las demás leyes de la república; y, la segunda por las normas procesales que se encargan de regular la función jurisdiccional."

PRINCIPIO DE ORALIDAD

"2. Principio de Oralidad.

A partir de la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal de 1998, se instauró la oralidad en los litigios, como medio jurídico procesal a través del cual se desarrolla el proceso, así pues, tanto las audiencias como las resoluciones

emitidas por el juez o tribunal se realizan verbalmente. Este sistema representa una nueva concepción de la Administración de Justicia, ya que provoca la celeridad de todos aquellos actos procesales en tanto que las decisiones judiciales resuelven inmediatamente el caso concreto y permite a las partes el control de las actuaciones procesales desplegadas.

Con el principio de oralidad se pretende preservar la publicidad (en tanto que los actos procesales deben ser ejecutados públicamente, salvo casos excepcionales, ya que ello permite hacer efectivo el control social hacia la Administración de Justicia, en tanto que los ciudadanos tienen derecho a presenciar cómo los jueces cumplen su función jurisdiccional al ejecutar los actos en forma transparente, solemne y con respeto a los derechos fundamentales), inmediación (exige el contacto directo y personal del juzgador con las partes y el material del proceso), y celeridad procesal (de acuerdo a este principio, las etapas procesales deben iniciarse y concluir en el plazo legal establecido, de manera tal, que en estricta observancia a este principio no se puede demorar la sustanciación de las etapas procesales o la conclusión del proceso más allá del término que la legislación ha acordado)."

PRINCIPIO DE BILATERALIDAD DE LA AUDIENCIA O CONTRADICCIÓN

3. Principio de Bilateralidad de la Audiencia o contradicción.

La bilateralidad supone que el juez no puede desplegar su poder de decisión sobre alguna petición o pretensión, si la persona contra quien ha sido propuesta no ha tenido la oportunidad de ser oída. La vigencia de este principio requiere fundamentalmente que las leyes procesales acuerden a las partes la oportunidad suficiente y razonable de ser oídos y producir prueba.

Al ubicarnos en el contexto de las audiencias, se advierte que la *bilateralidad* se concreta principalmente en los actos procesales de comunicación, verbigracia, traslados o notificaciones."

NECESARIO NOTIFICAR A LAS PARTES LAS DECISIONES JUDICIALES PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA

"4. El proceso de conocimiento de las decisiones judiciales a las partes intervinientes en el litigio.

Se ha dicho previamente que la oralidad es la moderna herramienta de comunicación que está presente en las diversas etapas del procedimiento. A propósito de los actos de comunicación, la legislación contempla dentro de éstos, la notificación que se comprende como el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes las providencias que dicta el juez para iniciar el proceso, continuar con su trámite o ponerle fin. Sin esta comunicación las partes carecen de oportunidad para contradecir y ejercitar sus derechos, entre ellos, el de defensa."

CLASIFICACIÓN DOCTRINARIA DE LA NOTIFICACIÓN

"Doctrinariamente se ha clasificado la notificación, de acuerdo al siguiente parámetro generalizado: directas, por aviso fijado o por edicto. La primera supo-

ne que el interesado es informado de manera inmediata, expresa y manifiesta de una resolución o de un acto procesal. La segunda o por aviso fijado, supone que se da a conocer el acto o resolución al interesado según la dirección que éste ha previsto al efecto. Finalmente, la notificación por edicto, tiene lugar cuando se ignora el sito donde puede ser habida la persona a notificar (Cfr. Devis Echandía, Hernando. "Teoría General del Proceso".)"

INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA O CONTRADICCIÓN CUANDO SE CONSIDERAN NOTIFICADAS LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN LA AUDIENCIA

"El Código Procesal Penal, por su parte, se encuentra en armonía con esta clasificación teórica y contempla dentro del Art. 161 la notificación personal; en el Art. 162 aquella que se agotará en la residencia, oficina o lugar de trabajo y finalmente en el Art. 163, por edicto.

La manera en que este acto se llevará a cabo se encuentra regulada por el Art. 160 del cuerpo normativo en cita. Concretamente su inciso final dispone: "Si *el juez* o *tribunal resuelve en audiencia* y se encontraren las *partes presentes, éstas quedarán notificadas en el acto."(Sic).*

Precisamente esta es la disposición que ha sido aplicada por la Cámara encargada para la solución del caso concreto: En atención a que el espíritu del nuevo Código Procesal Penal se rige por la oralidad de las audiencias y acuña la novedad que si dentro de la audiencia el juzgador ha emitido una decisión, los intervinientes se consideran notificados de los fundamentos ya sea de hecho o de derecho que se desarrollen en la audiencia, sin que ello provoque una disminución en el derecho de defensa o de contradicción de las partes; al contrario, tal previsión supone por una parte, la promoción al principio de celeridad y desritualización de las formas; y por otra, el pleno ejercicio del derecho a la contradicción en tanto que al escuchar de viva voz las partes la justificación del fallo, se encuentran facultadas para oponerse a través de los medios de impugnación que la ley habilita: revocatoria, anuncio de la interposición de la apelación."

COMUNICACIONES QUE LOS TRIBUNALES HACEN A LAS PARTES FUERA DE LOS TÉRMINOS LEGALES NO PUEDEN GENERAR NUEVOS PLAZOS

"Entonces, al trasladarnos a las actuaciones procesales, la solución de extemporaneidad dictada por la Cámara Segunda de lo Penal, no es arbitraria, ilegítima o irrespetuosa a las formas procesales, en tanto que tal como consta en el acta de Audiencia Especial de las once horas con treinta minutos del día diez de diciembre del año dos mil quince, la juzgadora emitió el fundamento de su decisión, quedando las partes legalmente notificadas de la decisión en el acto y para constancia de ello firmaron, figurando aquí la firma gráfica del Licenciado [...].

Aunado a lo anterior, es preciso señalar que en relación con los actos de comunicación, este Tribunal siempre ha sido respetuoso de las reglas previstas para ello, incluso ha formulado sus propios criterios para hacer efectivo un acto procesal cuando se tiene que hacer en forma personal. Sin embargo, también

ha reflexionado que si han sido observados los mismos y se han efectuado los traslados respectivos, cualquier otra comunicación que los tribunales hacen a las partes fuera de los términos legales, no puede generar nuevos plazos. En ese sentido, véase el fallo referencia 417C2015, de fecha 29/04/2016, en el cual se ha expuesto: *"Recuérdese que en tanto el* proceso *se comprende* como *un* conjunto *de* actos *tendientes* a obtener una *sentencia definitiva, se encuentra sustentado por el principio dispositivo* o *de* impulso *de parte,* pero *también por el impulso legal, el cual hace que se produzcan una serie de fases o etapas preclusivas; al aplicar* esta *acepción al caso concreto significa que, una vez realizado el acto de comunicación respecto de la sentencia de alzada, se aperturó la fase procesal, en la cual a cada parte le correspondía la carga de impugnación, por tanto, si dicho lapso finalizó, no puede realizarse posteriormente el acto por haber precluido su oportunidad procesal."* (Sic). Si se accediera a la petición del recurrente, entonces si se estaría desnaturalizando gravemente el principio de legalidad procesal, pues se estaría habilitando un nuevo e incorrecto plazo ya que *el término para interponer la apelación dio inicio al finalizar la referida diligencia judicial finalizando el día dieciocho del mes y año en referencia.*

Finalmente, en ocasión del contenido del auto que emite pronunciamiento en relación a la responsabilidad civil derivada del sobreseimiento definitivo dictado a favor del señor [...], advierte esta Sala que dentro de éste se ha expuesto: "(...) *Habiendo impetrado recurso* de *apelación de dicha resolución la parte acusadora —fiscal y querellante- siendo que la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro declaró inadmisibles los recursos interpuestos, no obstante ello ordenó a esta juzgadora a pronunciarse* respecto *a la responsabilidad civil originada del sobreseimiento definitivo emitido." (Sic)* En aras de preservar la imparcialidad, al examinar los autos procesales, este Tribunal advierte que ciertamente con fecha trece de octubre del año dos mil quince, la referida Alzada conoció de los diversos medios impugnaticios indicados, en los cuales declaró inadmisibles los libelos de la representación fiscal contra el sobreseimiento definitivo a favor de [...] , por la comisión del delito de Falsedad Ideológica en perjuicio de la Fe Pública y del sobreseimiento provisional a favor de [...] por la comisión del delito de Falsedad Documental Agravada en perjuicio de la Fe Pública, y la parte querellante [...] en relación al sobreseimiento provisional a favor de [...], por la comisión del delito de Falsedad Documental Agravada en perjuicio de la Fe Pública, admitiendo parcialmente la apelación planteada por el querellante [...], respecto de la ausencia de resolución de responsabilidad civil en el sobreseimiento definitivo a favor de [...], por la comisión del delito de Falsedad Ideológica, en perjuicio de la Fe Pública, ordenando asimismo, a la Juez Quinto de Instrucción pronunciarse al respecto. Entonces, es claro que no ha existido un pronunciamiento previo que genere una inobservancia al Debido Proceso, por el contrario, todo el devenir procesal ha sido respetuoso de las etapas consignadas por ministerio de ley.

Así pues, en atención a lo anteriormente expuesto, no es conveniente acceder a la petición del recurrente debiendo en consecuencia mantenerse firme la decisión previamente dictada."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 81C2016, fecha de la resolución: 26/07/2016*

## ACUSACIÓN PARTICULAR

ADMITIR APELACIÓN SIN CUMPLIR LA RESOLUCIÓN CON EL PRESUPUESTO DE IMPUGNABILIDAD OBJETIVA, LIMITA EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

"En el primer motivo, el solicitante asevera que la Cámara ha inobservado el Art. 30 Pr. Pn., por interpretar erróneamente el sentido de la prejudicialidad en materia penal, y negarse a reconocer que la acusación es admisible y que reúne los requisitos legales.

En el segundo motivo, el impetrante alega falta de fundamentación, Art. 144 Pr. Pn., ya que no se exponen las razones que tuvo la Cámara para confirmar la inadmisibilidad de la acusación presentada.

Al verificar lo actuado por el Tribunal de Alzada, esta Sala ha advertido la existencia de irregularidades procesales insoslayables en la resolución de inadmisión de la acusación particular incoada contra la señora [...], y que fuera decretada por el Tribunal Tercero de Sentencia de esta ciudad, y la confirmación por la Cámara de Segunda Instancia.

La naturaleza de las deficiencias encontradas amerita que esta Sala priorice su análisis, sobre el memorial impugnaticio presentado.

Así, como antecedentes se tiene que con fecha veintitrés de septiembre del dos mil quince, el Tribunal Tercero de Sentencia de esta ciudad recibió el libelo presentado por el Licenciado [...], quien actúa en calidad de Apoderado Especial de la señora [...], por medio del cual pretende acusar a la señora [....] por la comisión del delito de Calumnia; respecto del cual se le hizo prevención al acusador en mención, a efecto que subsanara las deficiencias detectadas.

Acto seguido, dicho tribunal, a las quince horas del día treinta de septiembre del año dos mil quince, recibe escrito por parte del acusador subsanando las deficiencias advertidas, sin embargo, el tribunal declaró inadmisible la acusación presentada, expresando que no se había cumplido con uno de los presupuestos de admisibilidad, el cual recoge el Art. 183-A del Código Penal; por lo que se volvía imposible sostener las pretensiones, de conformidad a los Arts 16 de la Constitución de la República, 2 de la Ley Especial del Ejercicio del Derecho de Rectificación o Repuestas, 18 Cn., 183-A Pn., 144, 177 y 439 Pr. Pn.

Posteriormente, el Licenciado [...] interpuso recurso de apelación el día siete de octubre del año dos mil quince, Fs. 53; el cual la referida Cámara admitió y resolvió confirmando la inadmisibilidad de la acusación particular decretada por el Tribunal Tercero de Sentencia de esta ciudad, el cual consta a Fs. 2 del incidente de apelación.

De los antecedentes expuestos, nota esta Sede que la resolución emitida por la Cámara no fue conforme a derecho, por cuanto, al admitir la apelación y confirmar la inadmisibilidad de la acusación, lo hizo sin cumplir con el presupuesto de impugnabilidad objetiva establecido en el Art. 464 Pr. Pn. Esto porque con dicha resolución no se estaba poniendo fin al proceso o imposibilitando su continuación, lo que conlleva a causar un agravio irreparable a la parte recurrente, limitándole el derecho de acceso a la justicia, al impedir la oportunidad para que el acusador particular, en este caso, el apoderado [...], hiciera uso del

derecho que la ley le confiere en los Arts. 108 Inc. Final en relación al 118, ambos del Código Procesal Penal, en el sentido que, si el auto de inadmisibilidad de la acusación pronunciado por el tribunal de sentencia en mención, lo fue por primera vez; y que, conforme a las citadas disposiciones, podía aún, presentar la acusación por segunda ocasión; significa entonces que dicha decisión de inadmisión no era una resolución de carácter definitivo; por ende, no era objeto del recurso de apelación conforme al Art. 464 Pr. Pn., por faltar el requisito formal de impugnabilidad objetiva."

LA LEY FACULTA QUE AL RECHAZAR LA SOLICITUD DE LA QUERELLA SE PUEDA PRESENTAR UNA VEZ MÁS, LO QUE ES APLICABLE A LA ACUSACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PRIVADA

"En la misma forma y sentido se ha pronunciado esta Sala en precedentes anteriores, en los que ha sostenido: "... En los delitos de acción privada se requiere (...) que la víctima o su representante presenten una acusación que contenga los requisitos impuestos por ley bajo pena de inadmisión no obstante esto, también se contempla en el Art. 118 Pr. Pn., lo que literalmente refiere: "en los procedimientos por delito de acción privada, también se aplicarán al acusador las normas previstas en este capítulo, sin perjuicio de las reglas especiales", y en el Art. 108 Inc. Final Pr. Pn., se indica que si la solicitud de querella es rechazada, podrá ser presentada una vez más, lo que conlleva, que esta oportunidad es también otorgada por ley en el caso de la acusación para el ejercicio de la acción privada ...". (Sic). ( Véase sentencia de la Sala de lo Penal en el expediente con referencia 201C2012 de las diez horas y cincuenta minutos del día veintiséis de abril de dos mil trece)."

DECLARAR INADMISIBLE LA ACUSACIÓN POR SEGUNDA OCASIÓN PERMITE SER OBJETO DE REVISIÓN POR MEDIO DEL RECURSO DE APELACIÓN

"Por lo expuesto, resulta evidente que la acusación puede ser presentada una vez más y sólo si se declara inadmisible por segunda ocasión, entonces será objeto de revisión por medio del recurso de apelación, Art. 464 Inc. 1º Pr. Pn.

Debe aclararse que en las actuaciones corre agregada fotocopia simple de un auto, mediante el cual el Tribunal Sexto de Sentencia de esta ciudad rechaza un escrito, con carácter de denuncia -según se denomina al inicio del auto- presentado ingenuamente por la propia víctima, el cual, contrario a lo dicho por el tribunal proveyente, no puede reconocérsele, jurídicamente, el carácter de un escrito de acusación para los efectos supra expresados."

ADMISIÓN DE APELACIÓN DE UN PROVEÍDO QUE NO ES APELABLE CONLLEVA VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DEL DEBIDO PROCESO

"Así las cosas, al haber la Cámara resuelto admitir la apelación ante un proveído que aún no era apelable, ha trasgredido los principios de legalidad y del debido proceso, Arts. 1 y 2 Pr. Pn., en perjuicio de los derechos previstos a favor

de la víctima, Arts. 2 y 18 Cn., 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 11, 106 Nº 1 Pr. Pn., lo que autoriza que esta Sala de oficio se pronuncie directamente enmendando la infracción de ley."

NULIDAD DE RESOLUCIÓN QUE ADMITE APELACIÓN Y CONFIRMA INADMISIBILIDAD DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR

"Respecto a los vicios antes apuntados, la Sala considera que, una vez abierta la vía impugnaticia, el tribunal de alzada asume el ejercicio de la jurisdicción dentro de los límites del agravio demostrado por el impugnante, ya que abierto el recurso, este puede examinar la resolución en los puntos impugnados, así como también, lo que atañe al contenido de un vicio respecto del cual nada se dijo en el recurso, toda vez que se trate de nulidades absolutas, ya que estas pueden ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso, Art. 347 Pr. Pn.

En el sentido expresado, Javier Llovet Rodríguez en su obra "Proceso Penal Comentado" 1ª. Ed. San José, C.R. Pág. 826 señala: "... Las partes tienen un derecho dispositivo con relación a los puntos de la resolución que desean impugnar (...) La competencia del tribunal de alzada en tal caso estaría limitada a los puntos impugnados (...) Se admiten dos excepciones a esto. La primera cuando existe un defecto absoluto, ya que en tal supuesto el vicio puede ser declarado de oficio (...) La otra excepción es cuando la acción penal se ha extinguido, puesto que ello debe ser declarado de oficio en cualquier estado del proceso (...) Ambas excepciones exigen que el recurso interpuesto cumpla con los requisitos de admisibilidad...". (Sic).

Así, frente a un defecto procedimental que acarrea inobservancia de garantías, que si bien no han obrado en este caso en detrimento de la sindicada, no puede pasarse por alto; pues, ello implicaría un deficiente reconocimiento de la víctima como sujeto procesal, al mismo tiempo una limitación al ejercicio ecuánime del derecho de tutela judicial efectiva. Por consiguiente, la actuación de esta Sede casacional no puede encaminarse en otra dirección que no sea la reparación de todas las posibles afectaciones del acto viciado, considerando imperioso, en el sub judice, el restablecimiento de las actuaciones a fin de posibilitar a la víctima el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la justicia.

El Art. 346 Nº 7 Pr. Pn., sanciona con nulidad el acto que se haya ejecutado en inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, el Derecho Internacional vigente y el Código Procesal Penal, para el caso, las que determinan los Arts. 1 y 2 Pr. Pn. Como consecuencia de ello, de acuerdo con el inciso segundo de la disposición legal en cita, deberá invalidarse la resolución de la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, del día veintiocho de octubre del dos mil quince, en la cual se admite la apelación y se confirma la inadmisibilidad de la acusación particular, decretada por el Tribunal Tercero de Sentencia de esta ciudad, así como cualesquier otra diligencia que derive de aquellas, por no ser posible su convalidación; debiendo restablecerse el trámite a partir del auto que declaró inadmisible la acusación particular presentada por el Licenciado [...] –el cual conserva su validez- para que

se encause el procedimiento conforme a derecho corresponde, a fin de brindar la protección jurisdiccional correspondiente a los derechos y garantías que como víctima ostenta la señora [...], los que podrán ser ejercidos oportunamente.

En vista de lo expuesto, y atendiendo los efectos de las nulidades no subsanables que tornan inválidas todas las actuaciones subsiguientes y derivadas del acto o resolución que se considere viciado, se vuelve inoficioso e insubstancial cualquier pronunciamiento sobre el recurso de casación relacionado en el preámbulo de la presente, por cuanto intenta atacar una resolución afectada de nulidad absoluta."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 371C2015, fecha de la resolución: 18/04/2016*

## AGRESIÓN SEXUAL EN MENOR E INCAPAZ

DIFERENCIAS CON EL ACOSO SEXUAL

"En este sentido, es pertinente acotar, que el delito de Agresión Sexual en Menor e Incapaz tipificado y sancionado en el Art. 161 del Código Penal, se diferencia con el tipo básico "Otras Agresiones Sexuales", en atención a la calidad del sujeto pasivo, tomando en consideración su edad o capacidad de 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 contacto físico corporal entre el imputado y la víctima, los cuales deben tener cierta entidad o trascendencia.

En este orden, se debe resaltar que cuando la conducta ofensiva sea orientada hacia un menor de quince años, el tipo contenido en el Art. 161 Pn., no exige que se esté en presencia de violencia o intimidación, en atención a la especial vulnerabilidad de la víctima, y a las demás características especiales que contempla la norma, es decir, su edad, estado mental o incapacidad de resistir, pretendiéndose resguardar la indemnidad sexual del sujeto pasivo; debiéndose tomar en cuenta las circunstancias de prevalimiento por superioridad o parentesco, teniendo por consumado el hecho con la ejecución del tocamiento, caricia o acceso carnal bucal o la introducción de objetos en vía anal o vaginal.

En cambio, el tipo penal de Acoso Sexual, previsto y sancionado en el Art. 165 del Código Penal, es el comportamiento que implica frases, tocamientos, señas u otra conducta de indiscutible carácter lúbrico, los cuales deben ser indeseados por quien los recibe, y que no deben ser logrados mediante el uso de violencia.

Según lo expuesto, en el Acoso Sexual no cabría hablar de ataque, pues la intensidad del actuar del sujeto activo es únicamente la realización de la conducta que es indeseada por el sujeto pasivo.

Finalmente, a efecto de distinguir entre un acto que es constitutivo de Agresión Sexual o de Acoso Sexual es la ubicación corporal de tocamiento, ya sea del sujeto activo como del pasivo e incluso el miembro corporal con el que el sujeto pasivo es tocado por su victimario.

Los anteriores criterios, se ven apoyados por el antecedente jurisprudencial emitido por esta Sala, bajo la referencia 121C2014, de fecha 28/10/2014.

Esta Sede considera que si bien, tanto el ilícito de Agresión Sexual como el Acoso Sexual, pueden contener dentro de sus elementos objetivos una conducta consistente en tocamiento, revestido obviamente de un carácter lascivo, ambos son de diversa índole, por lo que debe ser la labor del operador judicial, considerar el grado de intervención o de vulneración a la indemnidad sexual de la víctima."

ERROR AL ENCUADRAR LOS HECHOS EN LA FIGURA DE ACOSO SEXUAL

"De lo anterior se establece que el encuadramiento de los hechos al derecho que efectuó el Tribunal de alzada del Art. 165 Pn., no resiste el control casacional, en tanto, que el imputado no sólo realizó simples tocamientos, como se expresó en los hechos acreditados, si no que empujó al suelo a la ofendida, le retiró la ropa interior a ésta, de igual manera el encartado se bajó el pantalón procediendo a eyacular sobre ella, levantándose al momento de escuchar que alguien se acercaba al lugar, y amenazando a la menor; quedando claro, que la resolución de la Cámara adolece de un vicio al confirmar la calificación del hecho, ya que no sólo se trata de un simple "tocamiento" como lo asevera, pues se debe considerar, como antes se expuso, la ubicación corporal del contacto físico, el cual en el presente caso fue en el área genital y paragenital de la ofendida; además, el hecho de considerar que no existió violencia física sufrida por la menor víctima, así como la falta de evidencia de datos constitutivos de una introducción del pene en la vulva de la ofendida, como se plasmó en la sentencia de mérito, no son argumentos contundentes para calificar el hecho como un Acoso Sexual."

HECHOS ACREDITADOS MEDIANTE LA PRUEBA CORRESPONDEN A UNA AGRESIÓN SEXUAL

"Se afirma lo anterior, por cuanto, se debió tomar en consideración que la víctima al momento de los hechos contaba con doce años de edad, según certificación de partida de nacimiento agregada a Fs. 16, relacionada por el Sentenciador, y que el imputado tenla a esa fecha treinta y un años de edad, circunstancia que no es considerada por el Tribunal de apelación, lo cual al ser estimado adecuadamente orienta a pensar que dada la edad de la primera, se encontraba privada de expresar su propia aceptación o rechazo ante cualquier propuesta de contenido lascivo; por esta razón es que el legislador sanciona este tipo de

actuaciones como una Agresión Sexual, sin que exista la necesidad de violencia física, como fue reflejado en el peritaje de genitales practicado en la ofendida. De ahí, que, a la luz de lo expuesto, los hechos acreditados debieron calificarse como Agresión Sexual en Menor e Incapaz, Art. 161 Pn., ya que el delito de Acoso Sexual no contempla los acercamientos corporales impúdicos, sino más bien los actos que buscan llegar a lograr esto.

Cabe mencionar, que si bien, la Cámara para sustentar su postura, citó jurisprudencia que fue emitida por este Tribunal, durante los años dos mil cuatro y dos mil cinco, (453-CAS-2004 y 73-CAS-2004) criterios que son complementarios con los actuales, y que son citados en la presente sentencia, resultando que el enfoque que de los ilícitos en controversia se hace, deviene de una errada interpretación por parte de la Cámara, ya que tal como se ha demostrado a lo largo de la presente sentencia, la Sala ha establecido las diferencias sustanciales entre las figuras delictivas del Acoso Sexual y la Agresión Sexual, tal y como se han sostenido hasta la actualidad, por lo que, los razonamientos devienen de un equívoco del Tribunal de segunda instancia al afirmar que su decisión es acorde con los referidos precedentes, cuando de una somera contraposición, puede apreciarse que el criterio de esta Sala no ha variado respecto de tales precedentes.

Por lo tanto, el caso en estudio se encuentra desprovisto de un sustento motivacional, pero no en lo que respecta a la valoración probatoria, como se consignó en el yerro invocado, sino en lo relativo al encuadramiento de los hechos al ilícito de Acoso Sexual, cuando se evidencia que se colma los elementos del delito de Agresión Sexual en Menor e Incapaz, siendo procedente casar el proveído en ese sentido y efectuar la correcta calificación jurídica, como bien lo pide la parte recurrente."

PROCEDE ENMENDAR DE OFICIO LO REFERENTE A LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS EN EL TIPO PENAL DE AGRESIÓN SEXUAL EN MENOR E INCAPAZ Y APLICAR LA SANCIÓN RESPECTIVA

"III. Conviene hacer notar, que esta Sala está facultada para enmendar la violación de ley dentro de la misma sentencia, ya que en el caso estudiado la Cámara de Segunda Instancia de la Tercera Sección de Oriente, San Miguel, como el Tribunal de Sentencia de San Francisco Gotera, departamento de Morazán, han subsumido de manera errada los hechos acreditados en una norma penal diversa de la aplicable, por una errónea interpretación del Art. 161 Pn., aplicándose en su lugar el Art. 165 de ese mismo cuerpo legal; de modo que, en atención a que no existe modificaciones a los hechos tenidos por acreditados en el Juicio y confirmada vía recurso de apelación, es viable aplicar en esta sede la calificación jurídica correcta y la sanción respectiva, de conformidad a lo establecido en el Art. 484 Inc. 3° Pr. Pn.

Cabe señalar que, la decisión de la Sala, no vulnera de ninguna manera el derecho de defensa del encartado, pues este ha tenido oportunidad de conocer los hechos que se le atribuyen y de que su defensa técnica se exprese acerca del recurso interpuesto por la representación fiscal; y aún, cuando la sanción del

delito de Acoso Sexual por el que fue condenado, bajo una errónea tipificación, es relativamente menor que la prevista para el delito de Agresión Sexual en Menor e Incapaz, no existe afectación a principio alguno al verificarse la adecuada calificación, en atención a la homogeneidad de los tipos penales y por responder al mismo hecho acreditado establecidos en el Juicio.

Debe hacer mención este Tribunal, que tampoco se violenta de ninguna manera el principio de congruencia, ya que es la representación fiscal quien solicita el cambio de calificación y las conclusiones de esta sede son producto del examen de las actuaciones de la Cámara, verificándose la existencia del vicio denunciado, y la correcta subsunción de los hechos, estando acorde con la calificación provisional de los hechos solicitada en la acusación (ver Fs.59), por el delito de Agresión Sexual en Menor e Incapaz, que se mantuvo en la Audiencia Preliminar (Fs. 79) y que fue modificada al momento de dictar sentencia por el delito de Acoso Sexual,(ver Fs. 103) siendo tal calificación mantenida por el Tribunal *"Ad quem",* pese a la constante reclamación de la agencia fiscal.

En consecuencia, es procedente enmendar la violación de ley, anulando parcialmente la sentencia recurrida, únicamente en lo referente a la calificación de los hechos acreditados como Acoso Sexual, siendo lo correcto el delito de Agresión Sexual en Menor e Incapaz, previsto y sancionado en el Art. 161 Pn., y determinando en esta Sede la sanción correspondiente.

Atendiendo las razones de individualización contenidas en el fundamento para la imposición de la pena, en las que se estimó la extensión del daño y del peligro efectivo provocado, la calidad de los motivos que impulsaron al encausado a cometer el ilícito, la mayor o menor comprensión del carácter ilícito de la conducta realizada, y las circunstancias económicas, sociales y culturales que rodearon al hecho, que fueron analizadas por el Juzgador de Primer Grado y ratificados en Segunda Instancia; enmarcándose dentro de los límites internos y externos de la misma, respetando los principios de Legalidad, Lesividad, Responsabilidad, Necesidad y Proporcionalidad, de acuerdo a los Arts. 1, 3, 4, 5, 63 y 149 del Código Penal, se determina que la penalidad por la conducta desarrollada oscila entre OCHO a DOCE AÑOS DE PRISIÓN, por lo que a los efectos de los fines de la pena (prevención especial, la resocialización) se estima que el mínimo encaja en la sanción necesaria, por lo que se debe aplicar al procesado el mínimo legal de OCHO AÑOS DE PRISIÓN por el delito acreditado, debiéndose modificar la vigencia de las penas accesorias fijadas en la sentencia recurrida, en correspondencia con la duración de la sanción principal que se establece en esta Sala, tal como se relacionará en el fallo de la presente sentencia."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 309C2015, fecha de la resolución: 25/04/2016*

## ATENUANTES POR INTERPRETACIÓN ANALÓGICA

CONSIDERACIONES PARA SU PROCEDENCIA

"En lo medular, los recurrentes sostienen: *"...limitándose especialmente en el apartado de la participación delincuencial de nuestro patrocinado de que el*

*mismo fue que admitió el hecho al presentarse VOLUNTARIAMENTE ante los agentes de policía y que dicha información posteriormente fue corroborada. Es decir que no se aplicó los principios (Sic) de la sana crítica...".".."...el hecho de que el homicidio se haya dado en la sala de la casa de habitación de nuestro patrocinado no nos indica necesariamente de que JAMAS hubo planificación de cometer el citado homicidio y en consonancia al principio de presunción de inocencia el hecho habrá sido cometido en AUSENCIA DEL DOLO y habrá sido cometido bajo el impulso y tal como lo dice el legislador de Estados pasionales que constituyen no la ausencia de responsabilidad penal sino más bien una atenuante que sumada al hecho de haberse ENTREGADO VOLUNTARIAMENTE nuestro patrocinado NO fue tomada en cuenta es decir valorada. Como podrá apreciarse estamos aun teorizando de cómo ocurrieron los hechos...". "...Es decir que estamos ante la ausencia de valoración de la prueba en toda su generalidad (...) la citada Cámara incurre porque no hubo ninguna valoración en su defecto de las ATENUANTES que se demostraron en el juicio...".* (Sic).

En cuanto al punto señalado por los gestionantes, referente a la inobservancia de las reglas de la sana crítica (lógica, psicología y experiencia común), estos destacan la ausencia de una valoración integral de la prueba; sin embargo, no obstante que el vicio denunciado es de forma, esta Sala, como conocedora del derecho, advierte de sus argumentos que el señalamiento principal es un defecto in iudicando, enmarcado en no haber considerado la Cámara la circunstancia atenuante consistente en que su representado se entregó voluntariamente a la policía admitiendo haber cometido el hecho. En ese sentido, de conformidad al Art. 484 Pr. Pn., esta Sala entrará a hacer el análisis de fondo correspondiente en vista de estar facultada para resolver directamente aquellos vicios de la ley sustantiva, actuación que se encuentra amparada en los principios de justicia material aplicable al caso concreto.

Al examinar el pronunciamiento objeto de la actual inconformidad, advierte esta sede que le asiste la razón a los reclamantes, específicamente al no tomar en cuenta como atenuante la conducta generada por el indiciado posterior al sometimiento del hecho.

En ese sentido, partiendo del *factum* acreditado se tiene que el señor […] se presentó por su propia voluntad a la División de Seguridad Vial de la Subdivisión de Transporte Terrestre de la Policía Nacional Civil, […] manifestando que en su casa se encontraba una persona fallecida, siendo ésta su pareja […] con quien había tenido una discusión, propiciándose una pelea, tomando del cuello a la víctima la que cayó al suelo sin vida.

Vista la circunstancia fáctica, que no puede ser alterada desde ninguna perspectiva por esta Sala de Casación, por observancia al "Principio de Intangibilidad de los Hechos", atañe determinar que es innegable que el imputado privó de la vida a la víctima; sin, embargo, también es importante destacar que […], el día […], compareció voluntariamente ante la delegación policial, y movido por el deseo de que se aclararan los hechos, confesó a la autoridad lo sucedido y su intervención en los mismos.

De lo anterior, es evidente que el autor reconoció los hechos y aportó una colaboración relevante para la justicia, ayudando al esclarecimiento de los mis-

mos al realizar un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuía a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado por la comisión del ilícito.

En este punto, es importante resaltar que si bien nuestro Código Penal no contempla la atenuante de confesar el hecho a la autoridad, sí regula en su Art. 29 No. 5) las atenuantes por interpretación analógica al reseñar: *"...Cualquier otra circunstancia de igual entidad, que a juicio del tribunal deba ser apreciada por su analogía con las anteriores o por peculiares condiciones personales del agente o de su ambiente...".*

En ese sentido, este tipo de interpretación, en el ámbito de las circunstancias atenuantes, es permitida toda vez que se establezca una clausula legal de analogía *in bonam partem*, es decir, en beneficio y no en perjuicio del reo, posibilitando así la atenuación de la pena en situaciones no previstas en los numerales del citado Art. 29 Pn., pero similares a las contenidas en ellas.

En otras palabras, diremos que las atenuantes por analogía son aquellas circunstancias que menguan la responsabilidad criminal contempladas genéricamente en la ley penal en atención a la identidad de razón o estructura y motivación de las mismas con las determinadas específicamente en la norma, ya sea por motivos de disminución de la culpabilidad o por razones concretas de política criminal.

El precepto legal establece una fórmula de mayor amplitud, que rebasa los límites de conexión con las atenuantes preestablecidas, y las asocia a circunstancias de: a) Peculiares condiciones personales del agente; b) Peculiares condiciones del ambiente en el cual se relaciona el sujeto activo. En ese sentido, esta atenuante se constituye en una fórmula genérica de individualización de la pena relacionada con el Art. 63 numerales 4 y 5 del Código Penal, que tiene que ver con las circunstancias que rodearon al hecho, las atenuantes o las agravantes.

Al respecto, la doctrina apunta lo siguiente: *"...en la medida en que todas las circunstancias atenuantes comportan, en todos los casos una menor culpabilidad, sea porque el autor obró en circunstancias que impidieron una motivación totalmente libre, o porque con actos posteriores la haya compensado, podrá aplicarse la atenuante por analogía en aquellas situaciones en que es necesario adecuar la pena a una menor culpabilidad del autor...".* Véase A. Calderón Cerezo y J. A. Choclán Montalvo en su obra "Derecho Penal Parte General" Tomo I, Editorial Bosch pág. 248.

En la misma dirección, el Tribunal Supremo Español ha expresado que para que una circunstancia pueda ser estimada como atenuante por analogía: *"ha de atenderse a la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, desdeñando a tal fin meras similitudes formales y utilizando como instrumento para la individualización de las penas, acercándolas así al nivel de culpabilidad que en los delincuentes se aprecie".* STS N° 104/2011 del 01/0312011."

PROCEDE MODIFICAR LA PENA IMPUESTA, AL ESTIMAR QUE LA CONDUCTA POSTERIOR AL HECHO LLEVADA A CABO POR EL IMPUTADO, PUEDA SER CONSIDERADA

COMO UNA COOPERACIÓN EN LA INVESTIGACIÓN EFICIENTE Y EFICAZ QUE DEBE HACERLE MERECEDOR DE UN MENOR REPROCHE PENAL

"Teniendo en cuenta lo expuesto supra, resulta dable para esta Sala estimar que la conducta posterior al hecho llevada a cabo por el imputado, pueda ser considerada como una cooperación en la investigación eficiente y eficaz que debe hacerle merecedor de un menor reproche penal, bajo el amparo que dicha conducta sea vista como una atenuante por interpretación analógica.

Para este tribunal, la cooperación del acusado con la Policía, al ayudar a restablecer la paz pública en cuyo quebranto participó, constituye un modo de "reparación simbólica" del daño ocasionado a la víctima y a la sociedad.

En ese contexto, la Sala ha entendido que la circunstancia analógica de colaboración con la justicia requiere una aportación que, pueda ser considerada como relevante a los fines de restaurar de alguna forma el orden jurídico perturbado por la comisión del delito, en cuyo caso la acción gestionada por el acusado resulta equiparable al haber cooperado con la justicia al esclarecimiento de los hechos.

En razón de todo lo expuesto, en la presente resolución, partiendo del cuadro fáctico acreditado, se aplicará al caso concreto la atenuante que por interpretación analógica este tribunal ha determinado; y como consecuencia de ello, se modificará la pena impuesta al indiciado.

Ahora bien, partiendo de los criterios de individualización de la pena, establecidos en el Art. 63 del Código Penal, se tiene que el acusado en cuanto a la extensión del daño y del peligro efectivo provocados: se ha establecido que el delito que se conoce constituye Homicidio Simple, Art. 128 del Código Penal, considerando que el imputado actuó con dolo generando a través de la fuerza, asfixia a la víctima y privándole de la vida, lo cual quedó demostrado en Vista Pública; en cuanto a los motivos que impulsaron el hecho: en audiencia quedó demostrado que el acusado […]. sesgó la vida de la víctima […], en el marco de una pelea entre ambos. En cuanto a la mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho: es de tomar en cuenta que el imputado es una persona mayor de edad, por lo que tiene el suficiente raciocinio y conciencia sobre lo ilícito de sus actuaciones.

En cuanto a las circunstancias que rodearon al hecho y en especial, las económicas, sociales y culturales del autor: se debe tomar en cuenta que el hecho sucedió el día […] en casa del acusado; quien es una persona de recursos económicos medios y aún estudiante; en cuanto a las circunstancias atenuantes y agravantes, se determina que en ausencia de circunstancias agravantes, se tomará en consideración la conducta mostrada por el imputado posterior a la comisión del ilícito, consistente en que éste se presentó a la delegación policial a informar del hecho sucedido.

En ese contexto, siendo que en el caso de mérito procede la aplicación de la atenuante por interpretación analógica arriba expresada en favor del acusado, Art. 29 No. 5 del Código Penal, esta Sala aplicará la pena mínima prevista para el delito de Homicidio Simple Art. 128 Pn., es decir, diez años de prisión.

En razón de lo plasmado a lo largo de la presente resolución, este tribunal de Casación estima que se modificará la pena de QUINCE AÑOS, impuesta al imputado […] debiendo fijarse la de DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, quedando las penas accesorias y demás consecuencias modificadas conforme al marco de la nueva penalidad."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 157C2016, fecha de la resolución: 22/09/2016*

## AUDIENCIAS VIRTUALES

REFLEXIONES SOBRE LA DIMENSIÓN TÉCNICA Y MATERIAL DEL DERECHO DE DEFENSA

"Número 3**.-** El siguiente reclamo admitido al licenciado [...] se enuncia como valoración de medios no incorporados legalmente en el juicio oral, invocando la causal casacional del Art. 478 N° 2 Pr. Pn, y señalando adicionalmente como preceptos infringidos los Arts. 12 Cn. y 10 Pr. Pn.

**3.1.-** En lo medular, el litigante señala que como derivación del derecho fundamental de defensa, el imputado de manera directa o por medio de su defensor tiene varias facultades legales para confrontar a los órganos de prueba en el momento que rinden su declaración, citando entre otras, las posibilidades de objetar la conducta o comportamiento no verbalizado y de contrainterrogar; prosigue señalando que en el recurso de apelación identificó ciertos vicios de procedimiento en *"forma puntual y precisa"* que conllevaron la limitación de estas facultades, y por ende, del derecho de defensa de su patrocinado, durante la declaración anticipada de los coimputados […], también relacionada como […], mediante el sistema de videoconferencia, añadiendo que la utilización de este mecanismo "no debe obstaculizar, impedir o dificultar el derecho de defensa" y en caso que se imponga una limitación "con base legal, de forma expresa y plenamente justificada".

En particular, el gestionante indica en la página 6 y 7 de su libelo casacional, que esta Sala puede constatar que la Cámara formuló *"consideraciones genéricas, conceptuales y repetitivas"* sobre las infracciones procesales denunciadas, dejando de controlar los siguientes aspectos:

a) La violación al derecho de confrontación del procesado [...], por la imposibilidad de *"ver cara a cara" a* los dicentes durante la declaración anticipada por medio de videoconferencia, lo que le hubiese permitido decidir si *"repreguntarles"* o no (sic), directamente o por medio de los defensores.

b) La violación al derecho de defensa al impedir que se confrontasen las manifestaciones anteriores de los declarantes, junto a la falta de pronunciamiento sobre el ofrecimiento probatorio para demostrar este defecto.

**c)** La falta de justificación a las *"limitaciones fácticas al ejercicio de la contradicción de los declarantes",* que no fueron razonadas antes o durante la realización del acto probatorio y fueron impuestas sin fundamento preciso al imputado [...].

El gestionante sostiene que, en lugar de controlar los puntos solicitados, *"la sentencia de apelación evade o soslaya el examen requerido" (sic),* utilizando conceptos indeterminados para validar la forma de producción *de estas declaraciones, dejando que persistiera la ilicitud de las declaraciones y manteniéndolas como medios decisivos que fundan la condena de su representado.*

3. 2.- En suma, los alegatos del gestionante permiten comprender que el error que le atribuye al colegiado de alzada, y que esta Sala debe dilucidar, consiste en haber emitido juicios genéricos dejando de controlar los señalamientos plasmados en el memorial de alzada, en torno a la infracción del derecho de defensa de su representado, durante la recepción de la declaración anticipada de los coimputados […], practicada por medio de videoconferencia; por otra parte, también habrá de verificarse si el tribunal de alzada no se pronunció respecto al ofrecimiento de prueba para acreditar uno de los vicios atribuidos a las declaraciones anticipadas.

3.3.- Inicialmente, es oportuno exponer ciertas reflexiones sobre la dimensión técnica y material del derecho de defensa, aludir al concepto de prueba ilícita y considerar las generalidades del mecanismo de la videoconferencia y su relación con el principio de inmediación.

En torno al derecho de defensa, cabe afirmar que se trata de una exigencia esencial en todo proceso judicial, y específicamente en el enjuiciamiento penal, a tenor de lo dispuesto en los Arts. 11 y 12 Cn., 14.3 literal d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 8.2 literal d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); 10 y 95 Pr. Pn. En ese sentido, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha reflexionado en torno al ejercicio de este derecho, sosteniendo que el concepto de defensa, a la luz de la norma suprema, implica: *"la posibilidad de participar en un proceso informado, entre otros, por el principio de contradicción, en el que las partes puedan ser oídas en igualdad y utilizar las pruebas pertinentes en su defensa...Esta actividad procesal de parte se corresponde con la obligación del juez de procurar que no se genere indefensión en ninguna de sus fases y para ninguna de las partes"* (Sentencia de amparo Ref. 670 — 2010, de fecha 08/01/2014).

Aunado a lo expuesto, este tribunal ha establecido que este derecho se manifiesta en dos modalidades o dimensiones en el ámbito del proceso penal, denominados defensa material y defensa técnica, cuyo alcance es el siguiente: *"La primera atañe a las facultades cuyo ejercicio compete al mismo imputado en el proceso tal como su derecho a ofrecer prueba directamente, negarse a declarar, o, en caso contrario, aportar su propio relato de los hechos, donde el acusado es libre de suministrar información o datos que le favorezcan. La segunda, presupone la asistencia de un abogado que interviene en el proceso en representación y tutela de las pretensiones del acusado"* (Sentencia de casación Ref. 570-CAS-2010, dictada el 03/03/2014)."

PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN BUSCA ELIMINAR TODA INTERFERENCIA ENTRE EL TRIBUNAL Y LA FUENTE DE PRUEBA

"En lo tocante a la prueba lícita, cabe mencionar que el proceso penal se encuentra regido por garantías y principios fundamentales como la legalidad, la

inviolabilidad de la defensa y la presunción de inocencia en virtud de ello, los medios de prueba valorados en el análisis intelectivo de la resolución judicial deben gozar de las características de licitud e incorporación regular, pues resultaría una contradicción con la misma estructura y naturaleza del proceso que se permitiese fundar la convicción del aplicador de justicia sobre los extremos de la imputación delictiva en probanzas que perjudiquen las garantías erigidas a favor del imputado, o que atenten contra los principios que delimitan el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Es por ello, que esta Sala ha establecido en pronunciamientos anteriores que: *"efectivamente se incurriría en un quebranto a la debida motivación de la sentencia, ordenada por la ley, el fundamentar un fallo con prueba que no goce de legalidad, por consiguiente, se vuelve obligación ejercer un control judicial de dicha categoría, desde su obtención, incorporación y debida producción"* (Sentencia de casación Ref. 213C2012, dictada el 11/09/2012). De la cita jurisprudencial se comprende que efectuar inferencias partiendo de prueba ilícita o irregular, conduce a un vicio motivacional que debe ser evitado por los aplicadores de justicia ejerciendo de manera estricta un control de los requisitos de orden constitucional y legal de cada evidencia que ingrese al debate oral.

Ahondando en este tema, conforme a consideraciones doctrinarias y criterios jurisprudenciales de esta sede, se han distinguido dos situaciones diferenciadas que pueden determinar el quebrantamiento del orden legal en el ámbito de las probanzas. La primera se refiere a la obtención ilegal de evidencia que vulnere las garantías del Debido Proceso o que lesione la dignidad humana (prueba ilícita), la cual tiene que ser expulsada del acervo probatorio por ser un contrasentido, pretender conjugar la satisfacción de los fines legítimos del Estado en el proceso penal con la utilización de medios de comprobación conseguidos mediante la infracción de las directrices procesales esenciales, por ejemplo, cuando se ha obtenido evidencia mediante un allanamiento ilegal de la morada; por otro lado, encontramos la prueba irregular, es decir, aquella cuya incorporación se ha realizado en quebranto de las formas procesales (Cfr. Sentencia de Casación con Ref. 187-CAS-2008, pronunciada el 03/05/2015).

3.4.- En tomo a la inmediación, se sostiene en consideraciones doctrinarias que esta sede comparte: *"La garantía implícita en la inmediación tiene que ver, pues, con el carácter inmediato, es decir, no mediado o libre de interferencias, de la relación de todos los sujetos procesales entre ellos y con el objeto de la causa"* (ANDRÉS IBAÑEZ, P., "Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)", en Revista *Jueces para la democracia,* Madrid, marzo de 2003, P. 57), y que se traduce entre otros aspectos, en el contacto directo del juzgador y las partes con las fuentes de prueba de carácter personal *(Cfr.* Ibid.). En similar sentido, la Sala Segunda del Tribunal Supremo de España, delimita el alcance de este principio de la siguiente manera: "e*/ principio de inmediación busca, por encima de todo, eliminar toda interferencia entre el tribunal y la fuente de prueba"* (SSTS N° 161/2015, de fecha 17/03/2015, Ponente: Manuel Marchena Gómez).

En el ordenamiento jurídico salvadoreño, la referida directriz se encuentra consagrada en el Art. 367 Inc. 1° Pr. Pn., que prescribe expresamente: "La *vista pública se realizará con* la *presencia ininterrumpida de los jueces y de* las *partes",*

lo que naturalmente busca permitir el contacto directo con el elenco probatorio. Asimismo, al regular el derecho de defensa material, el Art. 81 Pr. Pn. prevé una protección reforzada al (-imputado para inmediar la producción de los elementos del acervo probatorio: *"El imputado tendrá derecho a intervenir personalmente y por medio de su defensor en todos los actos procesales y audiencias que impliquen la producción e incorporación de elementos de prueba y a formular él* o *por medio de su defensor, las peticiones que se consideren pertinentes"."*

MECANISMO QUE DEBE SER UTILIZADO CUANDO RAZONES FUNDADAS HAGAN IMPOSIBLE O INCONVENIENTE QUE EL TESTIGO ACUDA A LA SEDE DEL TRIBUNAL

"En tomo a la videoconferencia, cabe señalar que ésta es un mecanismo de recepción de prueba que ha sido autorizado por el legislador en los supuestos que el testigo o perito resida en el extranjero (Art. 377 Pr. Pn., Inc. 2°), como alternativa a recibir las deposiciones mediante comisión procesal, supuesto en que serían incorporadas al juicio oral mediante su lectura. El origen de este mecanismo, también llamado teleconferencia, se encuentra en el reciente desarrollo de las nuevas tecnologías de la información. En resumen, el referido medio técnico consiste en un sistema de comunicación bidireccional y simultánea de imagen y sonido que hace posible al juzgador inmediar la prueba y al mismo tiempo a las partes percibir la declaración testimonial "en tiempo real".

Ciertamente, la videoconferencia es un mecanismo que debe ser utilizado cuando razones fundadas hagan imposible o inconveniente que el testigo acuda a la sede del tribunal. Desde luego, no solo debe atenderse a la distancia del lugar donde se encuentra el testigo, que en la actualidad se ve relativizada por los medios modernos de transporte. Sobre este punto, vale acudir como criterio ilustrativo a lo sostenido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo de España, en cuanto a que corresponde al juzgador identificar aquellas situaciones que reflejen de manera objetiva que la videoconferencia potenciara fines legítimos tales como: *"la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respeto de la exigencia de plazo razonable"* (SSTS, Sentencia N° 161/2015, previamente citada).

Cabe mencionar que aun cuando los avances tecnológicos posibilitan una efectiva comunicación simultánea y bidireccional, es cierto que la videoconferencia puede implicar una leve disminución en la interacción directa entre el órgano de prueba, el juzgador y las partes, particularmente cuando exista baja calidad de imagen o la transmisión de datos por la conexión informática sea lenta. Sin embargo, estas dificultades técnicas en la práctica de la videoconferencia no implican el sacrificio irremediable del derecho de defensa material, cuando análogamente a otras situaciones justificadas en las que no se puede contemplar la imagen del testigo, sea posible escuchar las afirmaciones del órgano de prueba, de forma tal que le resulte factible al imputado formular las preguntas que estime convenientes, ante lo cual, la disminución de la inmediación debida al mecanismo de la videoconferencia inmediación no alcanza a ser trascendente.

Desde luego, lo que se requiere es que exista efectivamente la posibilidad de hacer las interrogantes; pues, en la mayoría de casos concretos, el imputado en su libertad de fijar la estrategia defensiva, prefiere dejar que esta labor recaiga en el técnico en derecho que lo representa.

Otro ejemplo en el que existe limitaciones a la inmediación de las partes y sin embargo no se infringe el derecho de defensa, se halla en la recepción de declaraciones por medio de comisión procesal, ocasión en la que incluso se admite que las preguntas sean formuladas por escrito."

RECEPCIÓN DE DECLARACIONES POR ESTE MEDIO NO GENERA POR SÍ MISMO VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA DE LOS PROCESADOS

**"3.5.-** Procede, entonces, revisar los argumentos expuestos por el tribunal de alzada al abordar el motivo de apelación relativo a la vulneración del derecho de defensa del procesado [...], al momento de recibir la declaración de los coimputados mediante el sistema de videoconferencia. Se aclara que esta queja fue abordada en conjunto con los motivos similares alegados en sus respectivos escritos de alzada por el abogado [...], y los imputados […]. El razonamiento del tribunal de alzada en torno a estos reclamos se expone en las Consideraciones número 4 a 30, consignadas en las páginas 106 a 116 de la resolución impugnada.

El colegiado de apelación expresa que una de las aristas expuestas en esos motivos, se refiere a la imposibilidad de interponer objeciones al lenguaje corporal y conducta no verbal de los coimputados declarantes conforme a la facultad prevista en el Art. 210 Inc. 1° Pr. Pn. (objeciones), debido a la recepción por videoconferencia (Consideración 5 a 10).

Para la Cámara, este alegato se basa en una confusión terminológica ya que lo que puede ser controlado mediante las objeciones son los gestos o ademanes dirigidos al testigo por parte de los asistentes de la audiencia *"que* de cierto modo *incidan en la información que se incorpora al debate"* (sic), es decir, aquella conducta no verbal que refleje presión, intimidación u orientación por parte de un tercero, lo que la Cámara ejemplifica con el supuesto que el testigo dirija la vista a uno de los asistentes a la audiencia esperando un gesto o ademán previo a contestar. Por el contrario, no son susceptibles de ser controladas mediante la figura de las objeciones, aquellas manifestaciones corporales que la psicología forense designa como características vocales, características faciales o movimientos, por ser inherentes a la misma declaración del testigo, precisando que la oportunidad para oponerse a las manifestaciones de este tipo es cuando se emiten los alegatos finales (Consideraciones 11 a 15).

Prosigue la Cámara señalando que la recepción de declaraciones por videoconferencia no deviene por sí misma en soslayo del derecho de defensa de los procesados, cuando existe conocimiento cierto de la identidad de quién declara y se abre la posibilidad de confrontar las eventuales razones espurias que motiven a los dicentes, aspecto que se visualiza efectivamente ya que en el contrainterrogatorio a los coimputados en mención, se hicieron preguntas sobre la posible enemistad con los encartados (Consideración 17).

La sede de segundo grado aborda también que la disposición del mobiliario y la ubicación del monitor en el lugar desde donde se encontraban los imputados y aclara que no implica de por sí una vulneración a la defensa material, citando el criterio de esta sede casacional en sentencias anteriores, en las que se ha sostenido que incluso cuando el imputado desconoce la identidad exacta del testigo debido al Régimen de Protección pero escucha las afirmaciones del mismo, y a la vez, tiene la oportunidad formular las preguntas que estime convenientes en el marco de su defensa material (Cfr. Sentencias de casación Ref. 518-CAS2006, de 31/08/2006 y 143-CAS-2006, emitida el 23/07/2008), y que aun cuando en el asunto particular, el supuesto fáctico es parcialmente distinto, ya que todas las partes conocían los datos de identidad de los declarantes, con mayor razón es razonable deducir que al saber precisamente quién estaba declarando y poder escuchar sus afirmaciones, el imputado podía controlar la información que se estaba incorporando (Consideración 23 y 24).

Tampoco es atendible, según la Cámara, que solamente tenga que evitarse la confrontación cara a cara cuando rinden declaración menores de edad y no adultos, ya que el Art. 10 literal f) LEPVT, sin *"ningún distingo de parámetros etáreos",* es permitido que la persona protegida rinda su testimonio en ambientes "no *formales u hostiles",* precepto que resulta compatible con el mecanismo de la videoconferencia.

Por otra parte, el tribunal de segunda instancia sostuvo que la modalidad de la práctica de la videoconferencia no tiene relación directa con el supuesto impedimento para confrontar a los declarantes con sus manifestaciones anteriores que se alega, ya que esto depende de la *"formulación del contrainterrogatorio en sí"* (Consideración 30).

De suyo, decae el señalamiento que las consideraciones de la Cámara sean "genéricas, conceptuales y repetitivas", ya que lo que se vislumbra es un esfuerzo por dar respuesta a los puntos específicos alegado por el postulante, en su memorial."

LIMITACIÓN DE CONTACTO VISUAL EN SU PRÁCTICA RESULTA RAZONABLE Y PROPORCIONADA A UNA FINALIDAD LEGÍTIMA DERIVADA DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE TESTIGOS

"3.6.- En cuanto a si en la sentencia de apelación, no se controló el señalamiento referido a la imposibilidad del procesado [...], para contemplar "cara a *cara" a* los coimputados favorecidos con criterio de oportunidad al momento que éstos rindieron declaración por medio de videoconferencia, lo cual provocó que éste no pudiera decidir *"si repreguntarles o* no", vulnerándose el derecho de defensa de su patrocinado.

Respecto a este aspecto de la queja, esta Sala observa que en apelación el impetrante no hizo mención a la imposibilidad de repreguntar, sino que aludió a un aspecto distinto, en cuanto a que el efecto de la supuesta falta de contacto visual del imputado [...], con los declarantes, no le permitió hacer uso de las *"objeciones"* al lenguaje corporal de los declarantes, siendo sobre este punto que se pronunció el tribunal de alzada.

Ahora bien, sin desmerecer el valor del principio de inmediación ni las facultades consagradas a favor del imputado, existen supuestos en los que resulta necesario establecer limitaciones por circunstancias razonables; por ejemplo, con objeto de salvaguardar la identidad de los testigos protegidos, lo que exige en ciertos casos, el uso de mecanismos para ocultar la imagen en el momento de la declaración y al mismo tiempo reservar la identidad del declarante.

Ciertamente, puede parecer una limitación intensa del principio de inmediación, al no existir contacto visual entre el imputado y el testigo con la consiguiente imposibilidad de percibir el lenguaje corporal, a lo que se añade el desconocimiento exacto de la identidad del declarante; sin embargo, el derecho de defensa material subsiste en su esencia, ya que el imputado puede escuchar el testimonio y formular las preguntas que estime convenientes (Cfr. Sentencias de casación Ref. 216-CAS-2009, de fecha 05/10/2012 y Ref. 621-CAS-2008, de fecha 13/09/2010). Además, aunque no exista este contacto visual, es lógico que si el encartado escucha el testimonio, no le está vedado hacer objeciones respecto a las interrogantes de las demás partes o a las respuestas emitidas por el órgano de prueba. Desde luego, esta limitación del acceso visual al testigo, no es antojadiza o arbitraria sino que se funda en el derecho de protección a su vida, integridad y seguridad personal, aspecto que es muy relevante al asunto en análisis, como se verá luego.

En el asunto particular, al revisar la transcripción del audio de la audiencia especial en la que se recibió mediante videoconferencia la declaración anticipada de la coimputada […], la que obra en el expediente judicial de Fs. 41,179, pieza 206, a Fs. 41,229, pieza 207, se contempla que al inicio de este acto, el licenciado [...], uno de los defensores particulares solicitó mover a los imputados dentro la sala de audiencia en la que estaban observando la videoconferencia, ya que el encartado [...], quería tener “control visual” de la declarante (su hija). La Fiscalía se opuso a este incidente y planteó lo contrario, argumentando que la declarante además de criterio de oportunidad gozaba del régimen legal de protección, y conforme a las normas de la Ley Especial de Protección a Víctimas y Testigos, la declarante requiere una protección integral que incluye el aspecto emocional.

Al resolver este incidente, la juzgadora expresó: “Lo que vamos hacer es movilizar a los imputados al lado derecho del salón, movilizando de igual manera las cámaras para que la testigo no pueda tener visión de las personas, para evitar también, teniendo control que ellos estén con el lenguaje no verbal” (sic). De lo anterior, se infiere que en esta audiencia, lo que se hizo fue cambiar la posición de los imputados, a efecto que la declarante no pudiera verlos, precisamente, para evitar que estos hicieran expresiones no verbales que tuviesen incidencia en la seguridad emocional de la testigo. Por el contrario, no consta ningún planteamiento similar en la transcripción de la declaración anticipada del testigo con criterio de oportunidad y régimen de protección […], que consta de Fs. 41, 236 a Fs. 41, 307, pieza 207, ya que incluso se indica que la juzgadora ordenó que se hiciera una toma panorámica del lugar donde se iba a producir la declaración testifical (Fs. 41,236 vuelto), sin que las partes hayan opuesto incidente alguno al tema de la ubicación.

En todo caso, aun cuando fuese cierto que la posición en que se ubicaron los imputados en el momento de transmitirse por videoconferencia las deposiciones de […], haya generado dificultad o imposibilidad de tener contacto visual a través del monitor, tal como lo manifiesta la Cámara proveyente, esto se ve justificado por uno de los derechos que asisten a las personas que declaran bajo régimen de protección, como ocurre en este asunto: Que su declaración debe ser recibida en *"ambientes no hostiles",* a tenor del Art. 10 literal f) LEVT. En este caso, la protección de la identidad fue estimada innecesaria, ya que incluso existía una relación de parentesco entre los declarantes y uno de los acusados, puesto que son la hija y el yerno del sindicado [...], pero si otras medidas de protección como la reserva del lugar exacto de su domicilio y la ya mencionada garantía de declarar en un "ambiente no hostil".

Recuérdese también, desde la resolución emitida por el Juzgado de Instrucción en la que se autorizó recibir las declaraciones de ambos coimputados por medio de videoconferencia, se dejó constancia de situaciones que hacían plausible que ambos requiriesen protección emocional, ya que en la causa se mencionaba que los dos declarantes habían sido amenazadas con anterioridad por parte del procesado [...], lo que había motivado que se les decretase régimen de protección (Fs. 39,614, pieza 199); de modo, que esta única limitación del contacto visual no era arbitraria sino justificada.

Lo anterior, permite concluir que si en atención a la protección del declarante, se ha determinado que puede incluso evitarse por completo que exista contacto visual con el imputado, y ello no implica sacrificio irremediable del derecho de defensa material, siempre que a su vez, el encartado no se le vede escuchar la declaración y tener la posibilidad de preguntar si lo desea, como se indicó en párrafos anteriores; tampoco en este caso existe una afectación trascendente, pues, el fundamento último de la ubicación de los imputados en tomo al monitor que transmitió la videoconferencia, buscaba garantizar que los declarantes se expresase en un ambiente no hostil; junto a ello, no se ha alegado dificultad alguna para escuchar el testimonio, y por lo tanto es factible inferir que los procesados si lo pudieron escuchar, hallándose en libertad de hacer preguntas en la producción de la prueba, a lo que se debe añadir que en el asunto en discusión, si se conocía la identidad de los declarantes.

Por lo tanto, esta limitación del contacto visual en la práctica de la videoconferencia resulta razonable y proporcionada a una finalidad legítima, derivada del régimen de protección de estos testigos.

Además, como bien lo señala el tribunal de alzada, en la transcripción de las declaraciones anticipadas, consta como los distintos defensores, en su calidad de representantes letradas, hicieron un extenso contrainterrogatorio de los coimputados, en la que abordaron diversas aristas para cuestionar a los declarantes."

POSIBILIDAD DE CONTROLARSE DE MANERA EXCEPCIONAL LA DENEGATORIA DE UNA LÍNEA DE PREGUNTAS AL MOMENTO DE RECIBIR UNA DECLARACIÓN TESTIFICAL

**"3.7.•** También alude el gestionante que en la sentencia de apelación no se controló el impedimento de confrontar las manifestaciones anteriores de los

coimputados, ya que se intentó una línea de preguntas sobre este aspecto y no fue permitido.

En principio, es acertado el razonamiento de la Cámara, cuando sostiene que este tipo de defecto, es un aspecto que no tiene relación directa con el mecanismo de la videoconferencia, sino con la formulación del contrainterrogatorio, aspecto que esta Sala considera vinculado, a la facultad del juez para excluir ciertas preguntas, respuestas o comportamientos prohibidos en la declaración, no de manera arbitraria, sino conforme a los preceptos legales, y principalmente como resultado del instituto de las objeciones, al que conviene aludir brevemente, indicando que constituye un medio de impugnación específico del ámbito de la recepción de las pruebas personales, íntimamente vinculado al principio de oralidad, que busca proteger o depurar la información que los testigos aportan al juzgador en audiencia (Cfr. VILLEGAS ARANGO, A., *El juicio oral en el proceso penal acusatorio,* Fiscalía General de la Nación, Bogotá, 2008, P. 81).

Una de las notas distintivas de las objeciones es la exigencia de interposición inmediata dentro del desarrollo de la audiencia, que el legislador prevé expresamente en el Art. 210 Pr. Pn., al prescribir: *"Las objeciones deben ser oportunas y específicas. Si no se objeta oportunamente en la audiencia, se entenderá que se ha renunciado a ejercer este derecho".*

Ahora bien, mediante el uso oportuno de las objeciones, las partes pueden impedir que se prosiga con una línea de preguntas que consideren abusiva o prohibida. Además, cuando exista desacuerdo con el sentido en que se resolvió una objeción planteada por la contraparte, la ley adjetiva franquea la revocatoria verbal como medio específico para impugnar, al ser ésta acorde a la concentración y continuidad que caracterizan las audiencias, conforme a los Arts. 211 y 462 Pr. Pn. cuyo uso refleja la inconformidad de la parte afectada y abre las puertas para el control posterior.

En ese orden, llama la atención, que el recurrente sostenga que la defensa técnica intentó iniciar una línea de preguntas en el contrainterrogatorio destinada a cuestionar manifestaciones anteriores pero no le fue permitido y que se le llamó al estrado para decirle que esa línea no estaba permitida, infiriéndose que a su entender, que se trató una restricción arbitraria adoptada en aquel momento procesal y que vino a limitar el derecho de defensa de su patrocinado.

Ciertamente, el señalamiento resulta muy impreciso, ya que se refiere al contrainterrogatorio realizado a dos personas diferentes por múltiples abogados en el que se objetaron múltiples preguntas y líneas de preguntas bajo diversas justificaciones, habiéndose la juzgadora que presidía las respectivas audiencias especiales, permitido algunas y restringido otras, no siendo posible que esta Sala determine con lo señalado por el litigante a cuál de los momentos concretos del desarrollo de la audiencia especial se está refiriendo el postulante, lo que resulta imprescindible para la prosperidad de su reclamo.

Solamente de manera excepcional podría controlarse en esta etapa, la denegatoria de una línea de preguntas al momento de recibir una declaración testifical, pero bajo un enfoque distinto, si se plantease como una denegatoria de prueba decisiva, cuando oportunamente se haya pedido la corrección del defecto, para el caso, interponiendo revocatoria después que se hubiera rechazado

la línea de preguntas y a la vez que en el recurso se haya razonado el carácter decisivo de las preguntas que se pretendía realizar, ni uno ni lo otro aparecen reflejado en el caso estudiado, por lo que este aspecto de queja carece de sustanciación y debe ser desestimado."

IMPOSIBILIDAD DE PROSPERAR LA AUSENCIA DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA OFERTA PROBATORIA, POR SER IMPRECISO EL RECURRENTE

**"3.8.-** En tomo a la supuesta falta de pronunciamiento de la Cámara de procedencia, respecto al ofrecimiento probatorio del vídeo de los anticipos de prueba de los coimputados ya referidos, formulado por el licenciado [...], esta Sala ha constatado que en los pasajes de la resolución impugnada en las que se analiza la temática de los ofrecimientos de prueba formulados por los diversos impetrantes, se sostuvieron los principios generales que informan la admisión de prueba en la vía de apelación, pero no se hizo ninguna referencia puntual a lo pedido por el postulante.

No obstante, la ausencia de pronunciamiento en sentido positivo o negativo sobre esta oferta sí constituye un defecto. Ahora bien, para evaluar la trascendencia de este error, cabe observar que el ofrecimiento probatorio era impreciso, como se nota al revisar el remedio de alzada, ya que el postulante sostenía genéricamente que se negó una línea de preguntas en el contrainterrogatorio sobre manifestaciones anteriores de los testigos; pero no especificaba a qué momento se estaba refiriendo al igual que el defecto que pretendía probar. Y es que el postulante no hizo un esfuerzo por identificar nítidamente las interrogantes supuestamente denegadas y explicar por qué éstas eran procedentes, obviando que durante la producción de estos testimonios, hubo diversos defensores con múltiples líneas de preguntas en el contrainterrogatorio, las que a su vez fueron cuestionadas mediante diversidad de objeciones, algunas concedidas y otras denegadas en el curso de la audiencia especial; por consiguiente, a pesar de que la alzada no se pronunció específicamente al respecto, es manifiesto que el ofrecimiento señalado no podía prosperar por ser impreciso e inexorablemente hubiese sido rechazado por la imprecisión del mismo.

En resumen, la totalidad del reclamo planteado por el gestionante debe decaer y así será declarado en el fallo."

AUSENCIA DE ILICITUD EN LA DECLARACIÓN ANTICIPADA DEL CRITERIADO

"Número 4.- Corresponde proseguir con el motivo admitido al abogado [...], en relación a la ilicitud del testimonio rendido por el declarante criteriado […]

**4.1.-** En lo medular, señalando que al recurrir en alzada pidió la exclusión de esta probanza *"debido a que fue tomada sin garantía de cumplimiento del derecho de defensa, al tomarle confesión extrajudicial sin su defensor particular o de confianza, sino con un defensor público y sin que conste que ese cambio fue decidido por* el *propio imputado, de modo que le fue impuesto por las autoridades de la investigación" (sic, subrayado suplido).* Partiendo de esta premisa, sostiene que *"la violación del derecho de defensa del coimputado, al usar su*

declaración *así obtenida como base para condenar a mi defendido, se convierte en una violación del principio de legalidad del proceso respecto del señor [...], aunque no viole el derecho de defensa de éste"* (sic).

Prosigue alegando que la Cámara proveyente consideró erróneamente que la situación descrita afectaba solamente al coimputado [...], sin perjudicar el derecho de defensa de los restantes imputados. No obstante, señala que el tribunal de apelación obvió justificar como *"un cambio de defensor de confianza sin el consentimiento del coimputado respectivo puede considerarse válido o compatible con su* derecho de defensa", lo cual implica, a su entender, que subsiste la ilicitud probatoria de este testimonio. Por lo tanto, concluye que ésta debió ser excluida del material probatorio que la Cámara consideró para confirmar la condena de su patrocinado. Asimismo, indica que este proceder se opone al criterio sentado por esta Sala, en la Sentencia de casación Ref. 278C2013.

En resumen; el aspecto esencial de la impugnación consiste en esclarecer si una supuesta irregular actuación ocurrida en sede administrativa, al momento de obtener la confesión extrajudicial del coimputado previo a otorgarle el criterio de oportunidad, está viciada por haber sido realizada sin la asistencia del abogado defensor de su confianza, sino por un defensor público *"impuesto por las autoridades de la investigación"* (sic), lo que afectaría la licitud de la declaración en juicio del coimputado [...].

El reclamo debe ser **desestimado,** conforme a los razonamientos que se expondrán a continuación.

**4.2.-** En lo medular, la Cámara seccional consideró que las alegaciones en torno al cambio de defensor del coimputado [...], previo al otorgamiento del criterio de oportunidad, constituyen una situación que sólo afectan al interés de esta persona, por lo que no puede incidir en el derecho de defensa de los restantes sindicados ni pueden ser reclamados por los abogados de éstos, decantándose entonces por considerar una falta de agravio personal para las partes que invocaban este punto. Añade, también, que la comparecencia del defensor público evitó cualquier vulneración durante la confesión extrajudicial. Además, lo que se ha incorporado y valorado en el proceso no es la confesión vertida en sede administrativa, sino la declaración rendida en una audiencia especial de anticipo de prueba en la que todos los restantes procesados tuvieron garantizado el derecho de defensa con la asistencia de los letrados que los representaban (Consideraciones 187 a 190 y 266 a 273).

**4.3.-** Ciertamente, la posibilidad de elegir de manera libre y voluntaria a un abogado de confianza para recibir asistencia jurídica, es una de las garantías básicas de toda persona procesada en el ámbito penal *(Cfr.* Sentencia de casación Ref. 22C2016, de fecha 07/06/2016); por consiguiente, los órganos estatales responsables de la persecución de hechos delictivos han de potenciar en todas las etapas del proceso, la vigencia irrestricta de esta facultad, que también incluye la posibilidad libérrima de sustituir al abogado nombrado con anterioridad por otro, decisión que queda al criterio individual del encartado. Además, es sabido que el imputado que ha sido asistido por un defensor particular en el proceso, puede pedir la asistencia de un defensor público, si así lo estima conveniente o necesario.

Cuando el imputado realiza estas designaciones no requiere observar ninguna formalidad especial, por lo que puede hacerse incluso de manera verbal, lo que es frecuente en ciertas situaciones en la que se requiere la asistencia de manera urgente, verbigracia, al momento de ser detenido. Desde luego, para evitar que este mínimo formalismo genere eventuales cuestionamientos posteriores, en la práctica, los nombramientos o modificaciones de nombramientos de defensor realizados mediante una manifestación verbal ante agentes policiales, representantes fiscales o jueces, usualmente se hacen constar en acta y se solicita que ésta sea suscrita por el imputado, para dejar registro de la libre y voluntaria decisión de éste.

De acuerdo a lo que consta en el expediente judicial, el señor […], era uno del imputados ausentes de la causa bajo análisis, y desde las etapas iniciales del proceso había sido representado por el licenciado [....], en carácter de defensor particular, quien también velaba por los derechos de otros procesados ausentes. El día catorce de febrero del año dos mil catorce, el referido coimputado se hizo presente de manera voluntaria en las oficinas de la División Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil, ocasión en que fue detenido, manifestando en el acta de detención que deseaba la asistencia letrada de un defensor público (Fs. 20,575, pieza 103). Además, de acuerdo al acta de la misma fecha, en la que se le hicieron saber los derechos que le asisten conforme al ordenamiento jurídico, consta que la defensora pública licenciada [...] le proporcionó efectivamente asistencia jurídica (Fs. 20,577, pieza 103), asimismo en la acta de confesión extrajudicial (Fs.21027 a 21061, pieza 106), desarrollada el día quince de febrero del mismo año, consigna la asistencia de otro defensor público, el licenciado [...], a quien el mismo coimputado nombró expresamente en aquella ocasión.

Con posterioridad, no se contempla que el señor [...], haya realizado ninguna denuncia de coacción o presión indebida para forzado a cambiar de defensor en aquel momento, o cualquier constreñimiento para obtener su confesión extrajudicial o su conformidad con el criterio de oportunidad que le otorgó la agencia fiscal. Por el contrario, el día veinticinco de febrero del año dos mil catorce, compareció ante el Juzgado Noveno de Instrucción, momento en que ratificó ante autoridad judicial las manifestaciones que había brindado en sede policial, y mostró su conformidad para acceder con el criterio de oportunidad ofrecido (Fs. 21,098 a 21,101, pieza 106), notándose que en esa audiencia especial fue asistido por el licenciado [...], pudiéndose inferir que lo consultó antes de ratificar y confirmar todo lo actuado con anterioridad. Igualmente, al momento de rendir declaración anticipada el día veinte de marzo del año dos mil catorce, cuya transcripción fiel se halla a Fs. 41,044 a Fs. 41, 41,139, pieza 206, notándose que el declarante volvió a expresar su voluntad libre de declarar sin manifestar constreñimiento alguno en cualquier etapa anterior, siendo ésta declaración la que ha sido apreciada como prueba en la vista pública y cuya validez confirmó la sede de alzada.

Es evidente que quien mejor conoce si una decisión ha sido voluntaria o forzada, es la persona que la ha tomado, pero como se ha venido relacionando no existe ningún señalamiento del señor […], respecto a ausencia de consentimiento o presiones para que cambiase de defensor o cualquier otra infracción de las

garantías erigidas a su favor. Por el contrario, lo que se observa es que el señor [...], con asistencia de un abogado confirmó en sede judicial su confesión y prestó su conformidad al ofrecimiento de la agencia fiscal para recibir el criterio de oportunidad, cuyo efecto es la cesación de la persecución penal del Estado en su contra, lo cual constituye una decisión válida en ejercicio del derecho de defensa material de esta persona; por ello, las afirmaciones del gestionante respecto a una irregularidad en el cambio de defensor quedan como meras conjeturas. Además, lleva razón la Cámara al sostener que, en este ámbito, las eventuales afectaciones son de carácter personal, sin que pueda visualizarse de qué manera el cambio de defensor libre de un coencartado, al que después se le otorgó criterio de oportunidad, provoque agravio alguno a los demás procesados.

Cabe añadir que la petición de criterio de oportunidad es una situación que debe manejarse de manera cuidadosa, ya que puede generar riesgo inminente de acciones contra la vida e integridad personal de la persona que lo solícita, puesto que las estructuras delincuenciales operan bajo la llamada ley del silencio", y sus integrantes valoran negativamente cualquier colaboración con los órganos estatales encargados de la persecución del delito. Por ello, resulta plausible que dada la presentación voluntaria del señor [...], en las oficinas policiales, haya preferido cambiar de defensor en aquel momento en aras de la máxima discreción, solicitando la asistencia de un defensor público, dado que el letrado particular que hasta esa fecha procuraba por sus intereses, representaba también a otras personas involucradas en esta causa.

Por otra parte, la decisión previa de esta Sala invocada por el licenciado [...] (Ref. 278C2013, dictado el 30/11/2014), no tiene semejanza fáctica con el asunto en discusión, ya que se refiere a un supuesto de inasistencia del letrado particular a la audiencia preliminar, en la que se le consultó al imputado si aceptaba que se convocase en su lugar a un defensor público, pero el encartado rechazó esta posibilidad y pese a ello, el tribunal obvió esta manifestación expresa y de hecho le delegó la representación al defensor público, es decir, en el asunto precedente existía una base cierta para inferir la falta de consentimiento dada la negativa del procesado afectado, y no una conjetura formulada por otros sujetos procesales.

Por lo apuntado, y al no existir la supuesta infracción alegada, no se configura la ilicitud en la declaración anticipada del procesado [...], este reclamo habrá de ser desestimado en el fallo de esta resolución."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 149C2016, fecha de la resolución: 28/10/2016*

## CALUMNIA

FUNDAMENTACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

"En su primer punto, los recurrentes advierten que específicamente ha existido una violación a las reglas de la derivación y al principio de razón suficiente, entre tanto sostienen: *"...la Cámara no demuestra, como es que: la secuencia*

*de los hechos que deja evidenciada una actividad, consistente en la realización de publicaciones a través de comunicados en contra de los señores [...], en diferentes periódicos del país. Las frases publicadas han ofendido a dos personas que no se encontraban presentes, asimismo se les atribuye la comisión de varios delitos, es decir a los señores [...]. Asimismo, al atribuirle a los señores (...) esas conductas, se le está atribuyendo un actuar que no corresponde a la realidad, ante el hecho que es una atribución falsa, así como conductas de que de haber sido ciertas sí serían constitutivas de delitos. Es de hacer mención que para el tipo penal CALUMNIA resulta indiferente que el sujeto activo califique jurídicamente de manera correcta o no los hechos que imputa falsamente; además, es de advertir que ambas conductas fueron reiteradas y con publicidad siempre por el mismo medio de comunicación y contra las mismas víctimas, tal como lo refiere el Juez del Juicio (Sexto de Sentencia), y la Honorable Cámara, hayan llevado a que la única conclusión posible es la atipicidad de esos hechos y por ende la absolución. Solo* se *exponen por parte de la Cámara argumentaciones sobre la valoración de la prueba testimonial desfilada, y la conclusión a la que se arriba, que evidentemente, esta última se torna en meras conjeturas o probabilidades, sin demostrarse que se trata de una única conclusión posible. Sólo se mencionan los supuestos indicios y la conclusión, pero no se dice por qué se llega a esa conclusión, no se releva el inter lógico (sic) que lleva a la misma...".* (Sic).

De igual forma, señalan que la Cámara omitió valorar íntegramente, elementos de cargo que fueron legalmente incorporados al juicio, como las declaraciones de los testigos clave "Mario" y [...]; también mencionan que la motivación de la sentencia está construida a partir de pensamientos falaces y de la errónea utilización de la prueba, expresando que por el grado de parentesco de las víctimas se dan las condiciones para actuar ilícitamente en coautoría, lo cual es una especulación.

Refieren que con las declaraciones de las víctimas se logró establecer la existencia de diversas publicaciones; el testigo [...], mencionó que dichas publicaciones las patrocinaron los imputados, y a raíz de ellas, las entidades financieras han cortado relaciones con sus personas y empresas; además, proporciona una descripción física la cual es coincidente con los rasgos que éstos presentan. Con la declaración del testigo "MARIO" se estableció que él fue quien sirvió de prestanombres para presentar las publicaciones dirigidas a la Fiscalía, que le hicieron efectivo un pago mediante cheque por un monto de dos mil ochocientos dólares, el cual fue librado a favor de [...]; ese cheque proviene de una cuenta del banco Citi, comprobándose mediante informe del mencionado banco que corresponde al señor [...]; además, el deponente sostiene que quien lo contrato fue el mismo señor [...].

A propósito del vicio alegado, cree esta Sala que es oportuno hacer referencia a algunos aspectos relativos a la fundamentación intelectiva de la resolución. Inicialmente, corresponde indicar que el imperativo que los fallos deben ser fundados no es sólo una exigencia legal (Arts. 144, 395 y 400 No. 4 Pr. Pn.); sino, además, se trata de una obligación constitucional. La Constitución de la República, si bien es cierto, no lo contempla de manera expresa, es de los nominados derechos implícitos de la Carta Magna. Así, el derecho obtener resolu-

ciones judiciales motivadas, se ha deducido de la conjunción de otros derechos, verbigracia, el debido proceso, el derecho de defensa, entre otros.

La razón medular del por qué los jueces y magistrados se encuentran obligados a explicar y justificar sus decisiones no es otra más que evitar fallos arbitrarios y discrecionales, permitiéndoles, al mismo tiempo a los sujetos procesales, el ejercicio efectivo de su derecho a impugnar la sentencia ante un tribunal superior, demostrando los errores que condujeron al Juzgador a tomar esa decisión y no la que a derecho corresponde.

Al realizar un análisis de los razonamientos esgrimidos por la mencionada Cámara, específicamente en la parte relativa a la fundamentación intelectiva, en la que se consigna la valoración de la prueba, se considera necesario hacer referencia a las Leyes de la Lógica, es decir, a las Leyes de la Coherencia y Derivación de los Pensamientos, que establecen, "la concordancia o convivencia entre sus elementos", de las que se derivan los principios de identidad, no contradicción, tercero excluido y el principio de razón suficiente.

El principio lógico de razón suficiente consiste en considerar que una proposición es completamente cierta cuando se conocen suficientes fundamentos objetivos que le dan consistencia y, en virtud de los cuales, se tiene por verdadera. Su aplicación en el proceso penal es común, pues, el Juzgador debe partir de la proposición indicativa individual de que una determinada persona ha cometido un delito, y de ahí comprobar la existencia del hecho atribuido, directa o indirectamente, por la percepción de la realidad mediante los elementos de prueba que desfilan en el debate; es decir, los hechos probados tienen que tener sustento probatorio, de manera que cada pieza esté sostenida en otras."

FALTA DE VALORACIÓN INTEGRAL DE LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO CON RÉGIMEN DE PROTECCIÓN

"En un afán de verificar si existe el defecto en la sentencia de mérito, se estima pertinente transcribir lo expuesto por el órgano de apelación al concluir luego de efectuar sus respectivas valoraciones de la masa probatoria que: *"... De la lectura de dicha publicación, señala este Tribunal que el Juez del Tribunal Sexto de Sentencia, no ha valorado en su conjunto o de forma integral la prueba corrida en juicio, de conformidad a lo establecido en el Art. 179 CPP., al existir en el texto de la publicación referencias claras a la Investigación Periodística realizada por el Periódico Digital el Faro, que fue el responsable de sacar a la luz pública la información utilizada en dicho comunicado, y que fue confirmada por medio de los reportajes que corren agregados al proceso debidamente certificados y ratificados por el Testigo [...], el cual fue uno de los periodistas que intervino en la elaboración y publicación de dichos reportajes, quien ratificó en su testimonio, que esa investigación se basa en información veraz y confirmada...". ".... Los comunicados* o *publicaciones que se les atribuye la autoría a los imputados, citan de forma reiterada la investigación periodística del Periódico Digital El Faro, información que esta Cámara, advierte que no es posible reprochar a otras personas que no sean los periodistas responsables de la misma.--- En ese aspecto, se determina que no puede afirmarse, que los acusados tuvieran conocimiento*

*que dicha información fuese falsa, requisito que es indispensable y de suma importancia para poder atribuir el delito de calumnia a una persona. En esa línea de pensamiento, en el reportaje publicado en El Periódico Digital El Faro de fecha 16 de mayo de dos mil* once, *título bajo el nombre "EL CARTEL DE TEXIS", del cual se hace referencia en la tercera publicación, de la lectura del mencionado reportaje, se corrobora que la información contenida en este, se hace alusión expresa de : "...quienes son los principales y más activos miembros del Cartel de Texis,* […] El *Alcalde de Metapán y el […]..."; así como: "...Los señalados como cabecillas del cartel son empresarios metidos en el mercado de los granos, en la ganadería, dirigentes del futbol, dueños de hoteles..."; de lo anterior se extrae que la imputación de un ilícito penal atribuido a las víctimas no es creación o invención de los incoados, como se ratificó supra, de un tercero, por ese motivo no puede ser reprochable a estos su veracidad, situación que está ausente tanto en la acusación como en la sentencia objeto de alzada, es decir, que no fue demostrado que se haya actuado de forma dolosa, con total desprecio de la verdad y con el ánimo o intención de dañar la imagen, honor y reputación de las víctimas--- El dolo exigido en este tipo de delitos relativos al honor e intimidad, es que haya conocimiento de la falsedad de las atribuciones, lo que no fue acreditado por parte del señor Juez del Tribunal Sexto de Sentencia...". (Sic).*

Del examen concreto del párrafo que antecede, resulta evidente que el tribunal de alzada relaciona cada una de las pruebas que fueron producidas: Certificación de la Tercera Publicación emitida por el Grupo Dutriz, de las publicaciones realizadas con fecha viernes 20 de diciembre de dos mil trece y lunes 23 del mismo mes y año, en el Periódico de la Prensa Gráfica, bajo el título "AVISO A LA FISCALÍA GENERAL Y A LA POBLACIÓN", agregadas a fs. 365-366 del proceso; declaración de los testigos víctimas [...]; declaración de los testigos [...] ; Certificación emitida por el Grupo Dutriz de las publicaciones realizadas con fecha jueves 2 de enero de dos mil catorce, en el periódico de la Prensa Gráfica, bajo el título "ACLARACIÓN PÚBLICA", agregada a fs. 364; Certificación del Proceso Penal, marcado bajo referencia 53-1R-14 que se instruyó contra [...] , a quienes se le procesó y sobreseyó por la comisión del ilícito penal de Evasión de Impuestos, Art. 249-A Nos. 3 y 5 Pn, en perjuicio de la Hacienda Pública; copias simples de impresiones de editoriales publicado en la página web del Diario Digital Uno titulada "PRIMERA PARTE LES PASÓ UN GRAN ELEFANTE POR LA NARIZ Y NO LO VIERON" y "SEGUNDA PARTE UNA PATRAÑA, UN ENORME ABUSO Y UN DESPARPAJO ANTE LA LEY", publicada en fecha 12 de febrero del presente año, de las que fue responsable el imputado [...]; Informes crediticios emitidos por las diferentes entidades bancarias; y, Peritaje informático independiente de los reportajes realizados por el periódico digital El Faro, en el cual se relacionan a diferentes personas entre ellas las víctimas.

En el caso de mérito, esta Sala verifica que la Cámara no analizó en su totalidad la prueba que tuvo a bien relacionar, tal y como lo sostienen los recurrentes, por cuanto, excluyó lo sostenido por el testigo con clave "MARIO", respecto de las dos primeras publicaciones, quien expresó haber prestado su nombre para llevar a cabo tales publicaciones, que recibió el pago mediante un cheque librado a favor del señor [...], determinándose además que la persona que lo contrató

para ello fue el señor [...], y fue él quien elaboró el contenido de las notas. De igual manera actúa cuando pondera el dicho del testigo [...], en cuanto a la tercera publicación, al centrarse únicamente en circunstancias que se apartan de los hechos que interesan establecer, por ejemplo que éste no recordara qué ciclo ni que materias cursaba en la universidad, excluyendo datos relevantes, como que fueron [...], quienes lo contrataron para elaborar una nota de aviso para ser presentada a la Fiscalía General de la República; que fueron ellos quienes brindaron el asesoramiento jurídico para su realización, y, en el juicio, proporciona una descripción física de los mismos, es decir, les identifica."

FALTA DE ESTABLECIMIENTO DEL DOLO EN LA CONDUCTA REALIZADA POR LOS IMPUTADOS

"En ese sentido, aún y cuando se constata que la prueba no fue valorada de manera integral, esta Sala al realizar la inclusión mental hipotética advierte:

1°) Se estableció claramente que los imputados promovieron las publicaciones objeto del presente juicio, información que fue ratificada con el dicho de los testigos "MARIO" y [...], quienes se vieron involucrados en llevar a cabo la ejecución de las mismas.

2°) Que no obstante lo anterior, en el presente caso de calumnia, no logró determinarse el dolo, requisito indispensable para la configuración del injusto penal (el conocimiento de la falsedad), es decir, que las conductas atribuidas a las víctimas, a través de las referidas publicaciones, fuesen hechas con un total desprecio de la verdad. En este punto, la Cámara fue concluyente en señalar que no puede afirmarse que los acusados tuvieran conocimiento que la información contenida en las publicaciones fuese falsa *"...requisito que es indispensable y de suma importancia para poder atribuir el delito de calumnia a una persona..."*. (Sic).

Al respecto, esta Sala ha verificado lo sostenido por la Cámara de Segunda Instancia, cuando afirma que, tanto en la acusación particular como en el pronunciamiento objeto de alzada, no se observa que se probara el hecho de que los imputados actuaran de forma dolosa, atribuyendo a los ofendidos conductas delictivas con conocimiento de su falsedad y con el ánimo o intención de dañar la imagen, honor y reputación de las víctimas; siendo, a juicio de esta Sala, deber de los acusadores particulares, en este caso, mencionar en su dictamen correspondiente y probar en el juicio tal elemento del tipo, pues, la carga de la prueba en estos casos recae en el supuestamente afectado, es decir, era su obligación establecer tal extremo, Art. 6 Pr. Pn.

Sin embargo, a fs. 37 el Juez Sexto de Sentencia cuando hace el análisis de tipicidad, de forma lacónica, se limita a afirmar: *"...Asimismo al atribuirle a los señores [...], esas conductas, se le está atribuyendo un actuar que no corresponde a la realidad, ante el hecho que* es *una atribución falsa, así como conductas que de haber sido ciertas sí serían constitutivas de delitos...";* pero tal afirmación no tiene asidero alguno en las consideraciones probatorias desarrolladas en su providencia, razón por la que carece de validez."

EJERCICIO DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN NO ES PUNIBLE A MENOS QUE SE ACTÚE CON DOLO

"Para mayor abundamiento, es importante recordar que el ejercicio de las libertades de expresión e información, en todas sus manifestaciones —sean esgrimidas por particulares o por periodistas- no es justiciable ni punible, a menos que se actúe con dolo, real malicia o con total desprecio de la verdad, y con intención manifiesta de ocasionar daños a derechos protegidos constitucionalmente, como el honor, la intimidad y la propia imagen de las personas.

En ese contexto, resultó desacertado que el Juez Sexto de Sentencia se basara —para acreditar el dolo- en el único indicio existente, relativo a que los imputados contrataron a terceras personas para que realizaran las publicaciones, lo cual, a criterio de este Tribunal, no es un indicativo de actuar con real malicia o con temerario desprecio hacia la verdad, como lo pretendió hacer ver dicho Juzgador, sobre todo los generadores de esa información no fueron [...], sino que el medio digital El Faro, como tampoco hay evidencias de que los incoados, hayan actuado en cohonestación con dicho medio.

En ese sentido, resultó errática la invocación que hizo el sentenciador del precedente de la Sala de lo Constitucional plasmada en la sentencia 91-2007, al afirmar que las publicaciones calumniantes no lo fueron en el ejercicio de la función periodística, resultando contrario a lo establecido en tal pronunciamiento, en el que se manifiesta que cualquier ciudadano sea particular o periodista puede expresarse y difundir con toda libertad sus pensamientos, así como el derecho a informar y ser informado. (Véase sentencia de la Sala de lo Constitucional de referencia 91-2007 de fecha 24 de septiembre del año 2010)."

INCLUSIÓN MENTAL HIPOTÉTICA DE LOS ELEMENTOS EXCLUIDOS ES INSUFICIENTE PARA SUPERAR LA ABSOLUCIÓN DE LOS IMPUTADOS

"Así las cosas, resulta evidente que la Cámara Seccional fue omisa al momento de efectuar un análisis intelectivo de forma integral sobre la prueba como se ha dicho en párrafos anteriores; no obstante, al hacer la inclusión mental hipotética, los elementos excluidos de su valoración son insuficientes para superar la conclusión a la que arriba la Cámara y por la cual dicta la absolución de los imputados. En consecuencia, esta Sala avala los considerandos del Tribunal de Segunda Instancia, por cuanto, como quedó en evidencia, no se logró determinar el conocimiento de la falsedad del contenido de las publicaciones, es decir, que los imputados hayan actuado de forma dolosa, con total desprecio de la verdad y con el ánimo o intención de dañar la imagen, el honor y reputación de las víctimas

En ese sentido, aunque el fallo del tribunal de alzada adolece de algunas falencias en su motivación, las mismas no son decisivas y no modifican o no tienen la aptitud de modificar la conclusión absolutoria."

FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DOLO

"En razón de lo anterior, sobre el vicio de fondo señalado, consistente en la inobservancia de los Arts. 177 en relación al 182 del Código Penal, ya que, a criterio de quienes impugnan, partiendo del cuadro fáctico acreditado, se configura el ilícito de Calumnia; resulta repetitivo extenderse sobre el mismo, por cuanto, el análisis, desarrollo y resolución del primer motivo, conlleva a su rechazo, por existir la misma razón jurídica, es decir, por la falta de acreditación del dolo, ya que como ha sostenido la Cámara, y constatado por esta Sala, dicho elemento subjetivo del delito de Calumnia, no fue objeto de acusación —no fue esgrimido por los acusadores particulares en el dictamen correspondiente- ni mucho menos probado en juicio; y esto no obstante que en el proveído de Primera Instancia se menciona —como se indicó *uf supra*- que a las víctimas se les atribuyó un actuar que no corresponde a la realidad, calificándolo de falso; pero dicha afirmación carece de fundamento probatorio y resulta ser violatorio del principio de razón suficiente. De suyo, el motivo también deberá desestimarse. "
*Sala de lo Penal, número de referencia: 304C2015, fecha de la resolución: 11/05/2016*

## COAUTORÍA

ELEMENTOS PROBATORIOS QUE INDICAN SU EXISTENCIA

"UNO. La crítica descansa en la insuficiencia de la motivación respecto de la forma en que se determinó la coautoría del imputado […] y el monto de la pena de prisión; lo que forma parte del ámbito de aplicación del Art. 478 N° 3 Pr.Pn. Al respecto, la sala acota: La motivación de las resoluciones supone la obligación para todo tribunal de justicia, de exponer las razones y argumentos que le conducen al fallo judicial, sobre los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que lo sustentan; con ella se produce la convicción respecto a los medios probatorios que desfilan durante el juicio, y que, en atención a la inmediación judicial, se hace posible su contacto directo y su valoración, la que se apoya en las reglas de la sana crítica.

La motivación, para que sea completa, debe estar referida tanto a las cuestiones de hecho como a las de derecho. En el caso particular de la sentencia definitiva, comporta la existencia de tres niveles o apartados de análisis. El primero, debe contener una relación del hecho histórico, en donde se fija de manera clara, precisa y circunstanciada la especie que se estima acreditada sobre la cual se emite el juicio; a este nivel se le denomina fundamentación fáctica. En el segundo nivel, tenemos que ese hecho acreditado debe tener un sustento probatorio, y con ello entramos a lo que se denomina fundamentación probatoria, en la cual se distinguen: la fundamentación probatoria descriptiva y la fundamentación probatoria intelectiva.

En la fundamentación probatoria-descriptiva se debe consignar cada elemento probatorio útil involucrado, mediante una referencia explícita a los as-

pectos más sobresalientes de su contenido. En la fundamentación probatoria-intelectiva, es el momento en donde el juzgador se dedica a la valoración propiamente dicha de la prueba, de una manera global, vinculando cada uno de los elementos probatorios que suministran los distintos medios de prueba introducidos en el debate, es decir, al momento de su producción. En el tercero, el juzgador subsume el hecho acreditado en la norma sustantiva que considera aplicable o manifestando su negativa a aplicarla y además, según el caso, indicará lo relativo a la autoría o participación y a la pena imponible, esto es a lo que se denomina fundamentación jurídica.

DOS. Del libelo recursivo del impetrante, se denota que, a su juicio la sentencia no cumple con los rubros probatorio intelectivo y jurídico, porque no se explicitan las razones por las cuales se tuvo por acreditada la coautoría y no se justificó el monto de pena impuesto, respectivamente.

TRES. Al revisar la decisión recurrida, se advierte que la Cámara acotó: […].

3. Al respecto hemos de decir que, si bien es cierto que la sentenciadora no ha descrito detalladamente la adecuación dogmática de la conducta mostrada por los encausados en los requisitos de la coautoría; cierto es, también, que del párrafo que hemos transcrito (así como de los hechos probados en juicio) se detectan las exigencias típicas de dicha forma de intervención delictiva.

El plan del autor en común se advierte por el hecho de haber viajado ambos […], haber llegado a una colonia del área rural de esa ciudad, tener contacto con un sujeto que le entregó a uno de ellos un paquete conteniendo una gran cantidad de droga cocaína, esconder ese paquete bajo el asiento del copiloto del vehículo y desplazarse en el mencionado automotor hacia San Salvador, siendo conducido por el mismo imputado […]. Todos estos hechos indicadores hacen concluir que ambos encausados tenían un plan en común.

La distribución de roles puede apreciarse fácilmente, debido a que los dos sujetos que iban en el vehículo tuvieron tareas funcionalmente asignadas, puesto que mientras uno era el que condujo el vehículo desde San Salvador a Santa Ana y viceversa, el otro fue el encargado de contactar al sujeto que le proporcionó la droga; significa, también, que este otro individuo que les entregó la sustancia ilícita formaba parte de la organización criminal, con funciones o rol distinto y especifico.

C. De igual manera, la conducta del encausado […] fue relevante porque no se aportó prueba indicadora que haya existido, en ese momento preciso, otra forma de desplazarse y transportar la droga de una ciudad a otra; por ende, si este encartado desistía de su conducta la consumación del ilícito se imposibilitaba. En ese orden de ideas, al hacer una exclusión mental hipotética de la conducta desplegada por el señor […], es obvio que en ese momento resultaba imposible el transporte de la droga si él no lo hubiera realizado; demostrándose lo trascendente de su aporte a la consumación del delito.

En vista de lo expuesto se denota que los elementos probatorios indican la existencia de la coautoría (...).

(...) Como todos sabemos, las reglas que todo juzgador debe tomar en cuenta para fundamentar la imposición de una pena específica se encuentran detalladas en el art. 63 CP. Entonces, cuando el juzgador cumple con estas

normas dosimétricas de la pena (siempre que sean pertinentes) habrá fundamentado adecuadamente la misma; de lo contrario, degenera en una insuficiente fundamentación.

A efecto de verificar si la sentenciadora ha incurrido en el vicio señalado, es decir si ha incumplido las reglas de la determinación de la pena y ha sido insuficiente en su fundamentación, hemos de transcribir lo pertinente de la sentencia y examinar la existencia o no del vicio alegado.

[…] se lee "(...) en el presente caso no se ha producido perjuicio alguno a persona determinada, sin embargo se puso en peligro la salud de la sociedad salvadoreña. Los acusados (...) son mayores de edad a la fecha de los hechos (...) por lo que conocían perfectamente el carácter ilícito de los mismos. No se alegaron circunstancias excluyentes ni circunstancias modificativas de responsabilidad penal, por lo que la pena máxima solicitada por la parte acusadora no es atendible en este caso (...)".

También, en párrafos precedentes al que hemos transcrito la jueza dijo que los imputados participaron de forma conjunta en (...) el transporte de la mencionada sustancia compactada para comercializarla (...); y, que el transporte es (...) para movilizar la mercancía y llegar a los puntos de venta de la misma (...)".

De los anteriores razonamientos fácilmente podremos concluir:

Que, aunque sea de manera escueta, la jueza sentenciadora ha dado cumplimiento, en lo pertinente, a las reglas para la determinación de la pena impuesta al justiciable […]; puesto que, por tratarse de un peligro abstracto, ha expresado que la conducta de los encausados puso en peligro la salud de la colectividad, y eso es obvio puesto que la cantidad de droga era bastante mayor y se trata de las drogas más duras que existen en el mercado ilegal; que por la mayoría de edad de los imputados se infiere que tienen un mayor conocimiento de la antijuridicidad o ilicitud de sus conductas; que las razones que les motivaron para delinquir fueron comerciales, monetarios o financieros, que no existen agravantes ni atenuantes para examinar; y, observamos también, que al no haberse presentado ninguna prueba que les excluyera de responsabilidad penal la jueza omitió referirse a detalles sobre la culpabilidad de los incoados; aunque indirectamente si lo hace porque hizo alusión a la conciencia de la antijuridicidad de los encausados y la mayoría de edad que les ubica en la calidad de imputables, que son requisitos para la culpabilidad.

Resumimos, entonces, que no es cierto lo manifestado por el apelante, en el sentido que la fundamentación de la sentencia ha sido insuficiente] (Sic).

CUATRO. De los párrafos arriba transcritos, se vislumbra lo siguiente:

La jueza de sentencia abordó de forma lacónica el tema de la coautoría, no precisó los presupuestos que la conforman, ni realizó un juicio de subsunción al caso que nos ocupa; sin embargo, tal y como lo hace ver la Cámara, de la argumentación de la a quo y de los hechos probados en la vista pública, se logran vislumbrar los elementos que la conforman.

Respecto a la determinación de la pena, se reconoce que existe una somera motivación por parte de la jueza sentenciadora en cuanto al peligro en que la conducta de los imputados puso la salud de la sociedad salvadoreña; el conoci-

miento de la ilicitud por parte de aquéllos debido a su edad; la no concurrencia de circunstancias excluyentes o modificativas de la responsabilidad penal.

3) Sin embargo, ante la precaria motivación de la sentencia de primera instancia, la Cámara, aunque no señaló por su nombre a su tarea, realizó una fundamentación complementaria a la expresada por la juzgadora, tal y como se lo faculta el art. 476 Pr.Pn, que bajo el acápite Rectificación, reza:

"Los errores de derecho en la fundamentación de la resolución impugnada, que no hayan influido en la parte dispositiva, no la anularán, pero serán corregidos, así como los errores y omisiones formales y los que se refieran a la imposición o el cómputo de penas. Asimismo el tribunal, sin anular la sentencia recurrida, podrá realizar una fundamentación complementaria". (Sic).

CINCO. Con esa base en lo anterior y partiendo de los hechos acreditados en el debate, la Cámara consignó los elementos configurativos de la coautoría así como las proposiciones fácticas de donde los infiere. Para el caso, el plan del autor en común, que lo infirió de diversos indicios: el hecho de haber viajado ambos desde San Salvador hacia Santa Ana, ambos se desplazaron juntos en un vehículo conducido por […], el haber llegado a una colonia del área rural de esa ciudad, el tener contacto con un sujeto que le entregó a uno de ellos un paquete que contenía droga, el esconder el paquete bajo el asiento del copiloto y desplazarse en el mismo automotor rumbo a San Salvador; y la distribución de roles, porqué puede deducirse que los sujetos que iban en el vehículo tuvieron roles funcionalmente asignados: uno condujo el vehículo; el otro fue el encargado de contactar al sujeto que le proporcionó la droga.

SEIS. Y respecto a la determinación de la pena, la Cámara alude a la cantidad de droga, su clasificación como droga dura dentro del mercado ilegal y a las razones de carácter comercial que motivaron a delinquir. En ese orden de ideas y con la salvedad antes hecha, puede afirmarse que se ha motivado de forma mínima pero suficiente la coautoría del imputado […]. y el monto de la pena de prisión impuesta; por lo que no procede acoger el reproche del impetrante por este motivo."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 128C2016, fecha de la resolución: 15/12/2016*

## CÓMPLICE NO NECESARIO

PROCEDE MODIFICAR LA PENA CUANDO SU IMPOSICIÓN EN PRIMERA INSTANCIA NO SE BASÓ EN DISPOSICIONES LEGALES

"Los recurrentes aseveran que su defendido fue condenado por el grado de participación de cómplice no necesario, debiéndosele aplicar una pena mínima, en base al principio de proporcionalidad, la cual no puede ser la misma que la del autor directo, por lo que no pueden presumir que la pena máxima, es la que corresponde aplicar en este caso, porque sería especular, como lo hace la Cámara.

Se aclara, que los abogados defensores han expuesto en su recurso otros elementos con los que pretenden justificar su impugnación, sin embargo, esta

Sede extrajo del citado escrito los pasajes pertinentes de la causal casacional invocada, dejando por fuera aquellos aspectos que resultan intrascendentes, no vinculados al vicio que se denuncia, que constituyen valoración probatoria, apreciaciones subjetivas o argumentaciones carentes de agravio.

La Sala considera que **el motivo debe ser desestimado,** conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

En su planteamiento, los impetrantes relacionan que el vicio denunciado constituye una errónea aplicación del Art. 66 Pn., al sostener: "...El A-quo manifiesta en su resolución que si bien es cierto existe un vacío legal, que muchas veces lleva a una contradicción en cuanto al establecimiento de las penas, sin embargo es posible advertir que en el articulado citado se desarrollan dos hipotéticos (...) que el Juez Tercero de Sentencia no debió emplear la regla de proporcionalidad de la pena prevista por el cometimiento del Homicidio Simple puesto que se estaría especulando sobre la pena a imponer al incoado por su calidad de cómplice no necesario, resultando que al hacer estas afirmaciones la misma Cámara especula sobre la posible aplicación de una pena máxima y no una pena mínima al autor directo del delito quien aún no ha sido juzgado...". (sic).

Aunado a ello, la defensa técnica realiza consideraciones en razón que al valorar y ponderar la participación del incoado, es valedero aplicar una pena mínima utilizando la regla que aplicó el sentenciador, y a la vez, el principio de lesividad del bien jurídico, y no limitarse a aplicar mecánicamente la pena según el Art. 66 Pn., que regula que se fijará entre el mínimo legal que corresponde al delito y la mitad del máximo de la misma, que en el presente caso correspondería a diez años.

Al respecto, es preciso relacionar que el proveído del tribunal de alzada señala que en la apelación se invoca, que el juzgador no tomó en cuenta la fijación de la pena, Art. 66 No. 2 Pn., ya que para el delito de homicidio simple, bajo la modalidad de cómplice no necesario, lo procedente era imponer diez años de prisión. En ese orden, la Cámara infiere que la norma en cita plantea la penalidad para el caso de la complicidad, indicando que para la complicidad no necesaria, la pena estará fijada entre el mínimo y la mitad del máximo del delito, tampoco podrá superar las dos terceras partes de la pena impuesta al autor principal, existiendo en este caso un vacío legal, que conlleva a una contradicción en ese punto.

No obstante, para dicho tribunal es posible advertir que en el articulado citado se desarrollan dos hipotéticos, el primero, es la regulación del margen para la adecuación de la pena que no está relacionado al segundo hipotético, en el cual se ha impuesto condena al autor material del delito. El legislador busca, que el grado de complicidad no se equipare al del autor material con el desvalor de la pena impuesta a ambos; pero se establece la pena mínima inamovible para el caso del cómplice, y el margen de la adecuación de la pena a partir del mismo; agregando, que podría darse el caso que ambas penas coincidan en gravedad, lo que no desnaturaliza la adecuación e imposición de penas para los cómplices, tipificada y delimitada en el Art. 66 Pn.

Del punto del proveído citado, se desprende que a criterio de la Cámara, la sanción impuesta por el sentenciador no ha sido correctamente aplicada, porque

si bien es cierto, no han sido juzgados los autores materiales del delito, no debió emplear la regla de proporcionalidad de la pena prevista para el ilícito, puesto que se estaría especulando sobre la pena a imponerle al incoado por su calidad de cómplice no necesario. Distinto sería el supuesto en que el autor material del delito de homicidio simple, hubiese sido condenado, previa o en el mismo juicio que el cómplice no necesario, dado que en ese momento si entrarían en juego las reglas de proporcionalidad con los principios de culpabilidad, necesidad y legalidad de la pena.

Destacan los Magistrados de segundo grado, que la pena de tres años y cuatro meses de prisión impuesta el incoado, no ha sido fijada dentro del límite regulado en la referida norma, en relación con el Art. 128 Pn., es decir, que no se está imponiendo una pena previamente delimitada por la ley, pues por tratarse el hecho punible de un homicidio simple, cuya penalidad oscila entre los diez y veinte años de prisión, la complicidad no necesaria conforme la disposición legal citada, debió de ser fijada entre el mínimo legal y la mitad del máximo; encontrándose determinada en la pena mínima, es decir, diez años de prisión.

Es así, que en su evaluación decidieron reformar parcialmente la sentencia definitiva condenatoria, en el sentido de modificar la sanción de tres años y cuatro meses de prisión, impuesta al imputado, por la pena de diez años de prisión, a quien se le condenó por el delito calificado definitivamente como homicidio simple bajo la modalidad de cómplice no necesario.

Tal actuación refleja que la Cámara puntualiza que el Juez incurre en la inobservancia de la ley sustantiva, al imponer una pena de tres años y cuatro meses de prisión, habiéndose apartado del *quantum* de la penalidad señalada para el delito de homicidio simple bajo la modalidad de cómplice no necesario, por cuanto el legislador establece —para el autor- una sanción que oscila entre diez y veinte años de prisión, fijando para el caso del cómplice no necesario, según el Art. 66 No. 2 Pn., entre el mínimo legal (diez años) y la mitad del máximo de la misma (diez años); para dicho tribunal, los argumentos referidos para la determinación de la pena resultan inatendibles, en el sentido de no acatar el texto de la ley sobre la penalidad establecida al delito por el que encontró elementos suficientes para arribar a una sentencia condenatoria. De igual forma, no fundamenta en qué parámetros de la dosimetría de la pena se basa la pena impuesta.

Del análisis efectuado por el Tribunal de Alzada, se desprende que en el proveído impugnado se esgrimen razones con las que justifica la decisión de reformar la sanción fijada en primera instancia, ya que, por un lado, plantea los puntos esenciales en que se basa la decisión y posteriormente modifica el monto de la pena.

En el caso *sub judice,* esta Sede comparte el criterio de la Cámara porque ciertamente se refieren a las conclusiones de Primera Instancia, en lo concerniente al error en la sanción impuesta, por cuanto, de su motivación se colige que el A-quo no se basó en las disposiciones legales para tal efecto, lo cual condujo a la alzada a efectuar la reforma, como ha sido relacionado en los párrafos precedentes.”

INAPLICACIÓN DE LA REGLA DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA AL NO HABER SIDO OBJETO DE JUZGAMIENTO LOS AUTORES MATERIALES

"Y es que si se tiene en cuenta el principio de proporcionalidad de la pena, a que hace referencia el Art. 5 Pn., que en lo atinente contempla: *"...*Las penas (...) sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado...". Principio desarrollado en parte en el Art. 63 Inc. 1° Pn., que ordena que: "...La pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor y proporcional a su culpabilidad...".

Dicha proporcionalidad, para lo que interesa, establece una regla en el Art. 62 Inc. 3° Pn., que permite modularla, de la manera siguiente: *"...*En los casos expresamente previstos en este Código, podrán excederse los límites de la pena fijada por la ley para cada delito. En ningún caso podrá sobrepasar el máximo de la pena de prisión que la ley determina...".

De ahí que deben resaltarse los dos supuestos normativos que resguarda la anterior disposición. Primero, que en los casos previamente establecidos por el legislador, se podrá exceder los límites de pena inicialmente fijados por la ley para cada delito y, segundo, que no se puede sobrepasar el máximo de la pena de prisión que la ley determine.

Obviamente, al respetar las reglas en cita, no se vulnera el principio de legalidad porque en los casos concretos, éstas permiten extraer los períodos temporales precisos a los que se podría hacer acreedor el sujeto activo del delito y, la misma ley previamente ha advertido al ciudadano que si comete infracción a la norma penal se le sancionará punitivamente de ésta y cuál manera.

Ahora bien, luego de las anteriores reflexiones y de efectuar el análisis pertinente sobre el razonamiento de la Cámara, se le otorga la razón al Tribunal de Alzada, ya que la regla prevista en el Art. 66 Pn., establece que: "...La pena del cómplice (...) se fijará entre el mínimo legal que corresponde al delito y la mitad del máximo de la misma...".

En el de autos, por tratarse el hecho punible de un homicidio simple, Art. 128 Pn., cuya penalidad oscila entre los diez y veinte años de prisión, la complicidad no necesaria, conforme la disposición legal citada, se fija entre el mínimo legal establecido y la mitad del máximo; por lo que, está determinada en diez años de prisión, lo cual no puede ser alegado como desconocido por el participe en el delito; precisamente en respeto del principio de legalidad, contenido en el Art. 1 Pn.

Nótese además que el Art. 66 Pn., también contiene una regla de proporcionalidad, como las citadas en párrafos atrás, que indica que la sanción: *"...*en ningún caso excederá de las dos terceras partes de la pena que se imponga al autor...".

Volviendo al caso en concreto y, como se dijo, la sanción impuesta por la Cámara, conforme al principio de legalidad, ha sido correctamente aplicada, ya que no fue objeto de juzgamiento el o los autores materiales del delito; por lo que, no puede emplearse la regla de proporcionalidad de la pena prevista en la norma citada en el párrafo anterior, puesto que de lo contrario habría que especular sobre la pena a imponerle al incoado por su calidad de cómplice no necesario.

Distinto es el supuesto en que el autor material del delito de homicidio simple hubiese sido condenado, previa o en el mismo juicio que el cómplice no necesario; en tal caso, conforme toda la legislación antes relacionada, entran en juego las citadas reglas de proporcionalidad que han sido desarrolladas de forma armoniosa con los principios de proporcionalidad y legalidad de la pena."

CORRECTA FUNDAMENTACIÓN DE LA CÁMARA AD QUEM DE LA SENTENCIA QUE REFORMA LA CONDENA

"Lo anterior permite concluir que la pena de diez años de prisión ha sido correctamente aplicada; por supuesto, tal circunstancia no impide que, si posteriormente a la imposición en abstracto de la pena del cómplice no necesario, se condene al autor material del homicidio simple, le sean aplicables al participe las reglas de proporcionalidad antes aludidas, en las instancias correspondientes; de suyo, el fallo habrá de mantenerse inamovible por este motivo.

En consonancia con lo manifestado, esta Sala emite su acuerdo con los razonamientos de la sentencia vista en Casación, por considerar que son válidos, ya que, al verificar el memorial recursivo, se constata que la fundamentación de la Cámara, contiene argumentos categóricos y contundentes, al cimentar el *iter* lógico que le permitiera construir, en forma razonable el planteamiento que le llevó a reformar el pronunciamiento del Aquo*,* respecto a la sanción impuesta, por ende, no es procedente acceder a la pretensión recursiva."
*Sala de lo Penal, número de referencia: 23C2016, fecha de la resolución: 26/05/2016*

## CONCIENCIA DE LA ILICITUD

NOCIONES SOBRE LA CULPABILIDAD

"7. Ahora corresponde desarrollar algunas nociones relevantes de la teoría jurídica del delito que son de utilidad en el análisis del motivo invocado. Respecto a la culpabilidad, cabe señalar que constituye una de las categorías esenciales que integran el moderno concepto de delito. La delimitación específica del alcance de esta figura ha sido objeto de polémica y se ha visto dificultada por el debate entre las diferentes corrientes de pensamiento penal que adoptan concepciones filosóficas opuestas, ya sea presuponiendo la existencia del libre albedrío o negándolo mediante posturas deterministas sobre la acción humana. En ese sentido, se afirma que ante la variedad de criterios contrapuestos que se describen en la doctrina, apenas se logra identificar como punto de partida común para delimitar esta figura de otros componentes del concepto de delito, el siguiente postulado: *"mientras que el injusto es un juicio despersonalizado de desaprobación por el hecho, la culpabilidad supone la atribución del hecho desvalorado* a *su autor"* (REBOLLO VARGAS, R., "La culpabilidad: reflexiones y bases para su fundamentación", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Mar del Plata,* Mar del Plata, Argentina, 2006, P. 159).

El finalismo, de innegable influencia sobre la legislación penal salvadoreña, ha construido una concepción "puramente normativa" de la culpabilidad, indicando que ésta reúne aquellas circunstancias que condicionan la reprochabilidad del hecho antijurídico a su autor, determinando tres componentes esenciales a valorar en esta categoría: a) La imputabilidad; b) La posibilidad de conocimiento de la ilicitud del hecho; y, c) la exigibilidad de un comportamiento distinto *(Cfr.* GARCÍA ARÁN, M., y MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal Parte General, segunda edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, P. 375 — 376; en similar sentido, MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General,* octava edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2008, P. 529 — 533).

En el desarrollo posterior de la dogmática penal, se ha entendido con mayor precisión que la culpabilidad es la actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa, por lo que se sostiene en formulaciones doctrinarias: *"Hay que entender la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando aún le eran* psíquicamente asequibles posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma" *(ROXIN, C.,* Derecho Penal. Parte General. La estructura de la teoría del delito. *Traducción de la segunda edición alemana, Diego Manuel Luzón Peña (traductor), Ed. Civitas, Madrid, 1997, P. 807, subrayado suplido); de suerte, que el sujeto se convierte en culpable cuando le eran asequibles alternativas de conducta lícita y pese a ello, infringió la norma (Cfr.* Ibídem).

El anterior criterio se ha visto reflejado en decisiones anteriores de esta sede en las que se ha sostenido: *"el fundamento del principio de culpabilidad radica, justamente, en la capacidad del sujeto de elegir, actividad que depende también de lo que él pudo comprender para realizar esa elección; el análisis jurídico del reproche debe tener presente esas condiciones personales por las cuales se pudo optar y seleccionar una determinada conducta"* (Sentencia de casación Ref. 162C2012, pronunciada el 14/01/2013, subrayado suplido).

En lo relativo a la imputabilidad, también designada como capacidad de culpabilidad, la doctrina señala que ésta abarca dos elementos esenciales consistentes en la capacidad de comprender lo injusto del hecho y la capacidad de dirigir la actuación individual conforme a dicho entendimiento. Por ello, la inimputabilidad, faceta negativa de esta categoría, se predica de aquel sujeto que se halla en una situación mental que le impide percatarse suficientemente que el hecho realizado se halla prohibido por el derecho y aquel al que no le es posible autodeterminarse o autocontrolarse con arreglo a la comprensión de la ilicitud del hecho (Cfr. MIR PUIG, ob. cit., P. 563). Ahora bien, ha de resaltarse que el legislador presume que los adultos son normalmente imputables, por lo que la inimputabilidad es una situación que debe ser apreciada por el juzgador, cuando se acredite alguna de las causas legalmente previstas (ROXIN, C., ob. cit., P. 823).

Por otra parte, además de la plena imputabilidad y la inimputabilidad, se afirma que existen situaciones particulares en las que el sujeto no tiene aniquiladas las capacidades de comprensión y autodeterminación, pero que éstas se encuentran notablemente limitadas, lo que se designa como imputabilidad disminuida.

Para entender los alcances en esta última situación, es conveniente citar los siguientes conceptos doctrinarios: *"La imputabilidad disminuida debe ser apreciada en los sujetos que al instante* de *infringir la norma penal, aun cuando no estuviesen desposeídos de la comprensión de su actividad ilícita, se hallaban en un estado de disfunción mental que les imposibilitaba comprender la exactitud de dirección de su comportamiento. La base de la atenuación de la responsabilidad penal está en que el plano de la afectividad imposibilita la crítica del sujeto hacia su conducta existiendo reconocimiento de la realidad, pero dentro de sus zonas de conflicto, lo que desequilibra el autocontrol"* (GARCÍA GONZÁLEZ, G. y BENÍTEZ COLLAZO, N., "La capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida: su repercusión en la adecuación de la pena", en Revista *Derecho y Cambio Social,* Año 11, N°. 38, Lima, 2014, P. 14-15).

Los efectos de cada una de estas situaciones son diferentes al momento de realizar el juicio de culpabilidad, puesto que el inimputable ha de ser absuelto de responsabilidad penal, salvo cuando represente un peligro, para sí mismo o para otros, caso en que procede imponerle una medida de seguridad, la cual tiene una finalidad terapéutica y no punitiva. Por otra parte, a las personas con imputabilidad sustancialmente disminuida se les puede imponer una pena, pero ésta debe ser notablemente atenuada (Cfr. ROXIN, C., ob cit., P. 839 - 841).

Por cierto, en asuntos conocidos previamente por esta Sala, se ha sostenido que la imputabilidad disminuida es una circunstancia que debe ser apreciada en el ámbito penal, con el efecto de atenuar notablemente la sanción penal, pese a no ser establecida de manera expresa por el legislador. El fundamento de lo apuntado se encuentra en el principio de igualdad, reconocido por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, que proscribe tratar de manera idéntica a los sujetos que se encuentran objetivamente en una situación de desigualdad y en la posibilidad de interpretación analógica a favor del imputado que consagra la legislación penal *(Cfr.* Sentencia de casación Ref. 19-CAS-2004, pronunciada el 21/09/2004).

Dentro de las causas que conducen a determinar que una persona es inimputable y que también permiten apreciar situaciones subjetivas de imputabilidad disminuida, se encuentra la "grave perturbación de la conciencia", prevista en el Art. 27, Inc. 1° N° 4 literal b) Pn. Para comprender el alcance de esta figura, es importante señalar que la conciencia es la propiedad de percatarse de sí mismo y del medio ambiente y que implica el funcionamiento adecuado de las facultades de atención, percepción, pensamiento y memoria *(Cfr.* DÍAZ PORTILLO, I., La *técnica de la entrevista psicodinámica,* sexta reimpresión, Ed. Pax, México D. F., 1998, P. 168). En una definición alternativa, se sostiene que la conciencia es una función sintetizadora que se integra con todo el complejo sensorial e indica la ubicación en el mundo (tiempo y espacio) *(Cfr.* ZAFFARONI, E., *La estructura básica del derecho penal,* primera edición, Ediar, Buenos Aires, 2009, P. 217).

Considera este tribunal que conforme a una visión sistemática, hay que deslindar de esta causal, las enfermedades mentales permanentes, verbigracia, la esquizofrenia o la bipolaridad, que propiamente corresponden a la causal de inimputabilidad por enajenación mental. Entonces, la grave perturbación de la conciencia se refiere a aquellas alteraciones de la facultad de *"percatarse de sí*

*mismo",* que tengan raíz en el ámbito psíquico y anímico pero no configuren una patología de larga duración, verbigracia, los estados de obnubilación, estupor, sopor o confusión mental; así también, aquellas alteraciones que se originen en acontecimientos de especial dificultad, también conocidas como reacciones vivenciales anómalas *(Cfr.* GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., ob. cit., P. 390).

Además, cabe interrelacionar la grave perturbación de la conciencia con los institutos análogos del "trastorno mental transitorio" previsto en la legislación española, y el "trastorno profundo de la conciencia" regulado en la normativa alemana. Respecto a la primera figura, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español entiende que abarca alteraciones psíquicas no permanentes, estados pasionales muy intensos y reacciones vivenciales anormales, reflexionando que puede tener origen en alteraciones anímicas severas o por otra parte: *"Puede tener un origen exógeno, como consecuencia de un choque psíquico producido por un agente exterior cualquiera y que se presenta bajo múltiples fenómenos perturbadores de la razón humana, exigiéndose: a) Una brusca aparición; b) Una irrupción en la mente del sujeto con pérdida de facultades intelectivas o volitivas, o ambas; c) breve duración; d) curación sin secuelas; y e) que no sea autoprovocado"* (Sala Segunda del Tribunal Supremo de España, STS 831/1999, de fecha 28/05/1999, citada en CLIMENT DURÁN, C., *Código Penal con jurisprudencia sistematizada,* Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, P. 103). Además, no es indispensable la acreditación de un fondo patológico para apreciar esta causal de inimputabilidad *(Ibídem).* Como aclara la doctrina, *"Hay situaciones de trastorno mental transitorio que para nada son patológicas y todos pasamos por supuestos de insuficiencia* o *alteración de la conciencia* no *morbosos (estados crepusculares del sueño, privación prolongada del sueño, agotamiento extremo, miedo no patológico)"* (ZAFFARONI, E., ob. cit., P. 218).

En cuanto a la segunda figura, de acuerdo al criterio de Roxin, comprende alteraciones de conciencia debidas a agotamiento, exceso de fatiga, sopor, acciones bajo hipnosis, estados posthipnónicos, y estados emocionales extremos (Cfr. ROXIN, C., ob. cit., P. 828-829); mientras que los autores alemanes Zipf y Maurach añaden también al ámbito de esta excluyente de responsabilidad penal, aquellas alteraciones provocadas por envenenamiento, embriaguez, letargia, fatiga total, delirio en estado febril y aquellas condiciones de incidencia psicológica como los estados crepusculares y estados pasionales de alto grado (citados por MATEO AYALA, E. J., *La eximente* de *anomalía o alteración psíquica* en el derecho *penal comparado: Alemania, Francia Italia,* Ed. Dykinson, Madrid, 2007, P. 26).

Es conveniente añadir que las alteraciones de conciencia tienen diversos grados de profundidad. Por ello, la jurisprudencia española ha venido reconociendo que el trastorno mental transitorio puede implicar la completa aniquilación de las capacidades que determinan la imputabilidad (comprensión y autodeterminación), debiéndose entonces apreciar que la persona era inimputable en el momento de comisión del hecho; pero también puede producirse una fuerte afectación de las facultades anímicas sin llegar a la total anulación de las mismas, esto es, una situación de imputabilidad disminuida, con el consiguiente

efecto de extraordinaria atenuación de la pena al sujeto (STS 1364/2002, de fecha 22/07/2002, citada por CLIMENT DURÁN, C., ob. cit., P. 153).

Indudablemente, los aportes de las pericias realizadas por especialistas de las ciencias de la conducta son de particular relevancia para ilustrar al juzgador sobre los estados alterados y perturbaciones de la conciencia, proporcionando datos objetivos para distinguir si éstos han tenido la entidad suficiente para aniquilar o disminuir momentáneamente en el sujeto la facultad de discernimiento interior para comprender la licitud del hecho y la capacidad de ajustarse a esa comprensión."

CONSTRUCCIÓN DEFECTUOSA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL AL OBVIAR REFERIRSE A LOS ELEMENTOS CONTENIDOS EN LA AMPLIACIÓN DE LA PERICIA PSIQUIÁTRICA

"8. Procede aplicar los conceptos desarrollados con anterioridad al motivo invocado, a efecto de determinar si el tribunal de apelación ha incurrido en violación indirecta de la ley sustantiva al no ponderar de manera integral los elementos de convicción contenidos en la pericia psiquiátrica y psicológica, que según los impetrantes, hubiesen conducido inequívocamente a apreciar la excluyente de responsabilidad penal por grave perturbación de la conciencia.

Por orden lógico, habrá de determinarse primero si el colegiado de apelación incurrió en el error de forma ya mencionado, es decir, la ausencia de valoración integral de elementos extraídos de las pericias antes mencionadas, y en caso que se identifique la concurrencia de este equivoco, habrá de reflexionarse si tuvo incidencia dirimente en la subsunción normativa de la plataforma fáctica.

En principio, debe destacarse que al abordar el libelo de apelación, la Cámara proveyente adoptó un acertado entendimiento del acceso al recurso, identificando con claridad que los impetrantes habían utilizado una nomenclatura errónea para aludir a la violación legal que atribuían al fallo de primera instancia, pues, aunque enunciaron el motivo como inobservancia de la excluyente de responsabilidad penal por inexigibilidad de otra conducta, Art. 27, Inc. 1° N° 5 Pn., sus alegatos se orientaban a demostrar que se había dejado de apreciar un trastorno mental transitorio o perturbación de la conciencia que impidió a la procesada comprender lo ilícito de su actuar en el momento del hecho. Este error se había producido al no tomar en cuenta el contenido de la prueba pericial psicológica y la ampliación de la pericia psiquiátrica, así como las declaraciones en juicio del psicólogo y el psiquiatra forense, el primero de los cuales, indicaba que la procesada sufrió con probabilidad un "brote psicótico agudo"; mientras que el segundo, consideró que podía haber estado "obnubilada" debido al intenso dolor y pérdida de fluidos por el acontecimiento del parto precipitado.

En este punto, es importante mencionar que la motivación de las resoluciones judiciales no es un mero formalismo procedimental; al contrario, ha de entenderse como un deber de orden constitucional, que se apoya en el derecho a la protección jurisdiccional; cuya trascendencia deviene de permitir a los ciudadanos, que se controle el sometimiento de los funcionarios públicos al ordenamiento jurídico; asimismo, por posibilitar el adecuado ejercicio de los medios de defensa predeterminados por la ley (Nótese en Sala de lo Constitucional,

Sentencia de amparo Ref. 308-2008, emitida el 30/04/2010). En aplicación de esta exigencia, conforme al Art. 144 Pr. Pn., los tribunales penales tienen que expresar claramente las razones de hecho y derecho que justifiquen la decisión adoptada, particularmente cuando se declara la responsabilidad penal de una persona procesada y se le impone una pena de prisión, al ser una restricción extrema de los derechos fundamentales.

Ahora bien, este Tribunal concibe como suficiente la motivación probatoria de la sentencia penal, cuando se enuncien las evidencias producidas en juicio y exprese el contenido esencial de las mismas (fundamentación descriptiva); asimismo, cuando presente las conclusiones que se obtienen de cada una de ellas, dejando constancia del nexo entre estas inferencias con la decisión final (fundamentación intelectiva), tal como se ha establecido en fallos precedentes de esta Sala (Cfr. Sentencia de casación 723-CAS-2010, emitida el 25/10/2013).

Por cierto, dentro de los errores que pueden afectar la motivación intelectiva de una resolución judicial, se encuentra la omisión de valoración integral del plexo de evidencias, defecto que se deduce de lo preceptuado en los Arts. 179 y 394 Pr. Pn., y se configura en el supuesto que: *"Se escogen ciertas pruebas que determinan la suerte del fallo sin motivar suficientemente por qué se las ha privilegiado; y al contrario, se desechan elementos de juicio sin decir por qué se* toma *esa decisión"* (RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander, y ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel, Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal, Escuela Judicial, San José de Costa Rica, 2002, P. 137, subrayado suplido).

Para determinar si el colegiado incurrió en esta omisión valorativa, es oportuno revisar con detenimiento las consideraciones respecto a la posible configuración del trastorno mental transitorio, enumeradas como fundamentos jurídicos número 13 a 39 de la resolución objetada, se observa que el colegiado de alzada procedió de la siguiente manera: Inicialmente, transcribió los aspectos más relevantes de la pericia del psicólogo forense [...], resaltando en negrita la conclusión que la imputada al momento de los hechos probablemente no era capaz de distinguir lo bueno de lo malo (N° 13 - 14); luego, los Magistrados sentenciadores señalaron que la pericia psicológica adoleció de limitaciones, de ahí que sus conclusiones pertenecen al ámbito especulativo (N° 15) y que han identificado un error del perito al señalar que la ruptura de la "fuente" (salida del líquido amniótico) genera necesariamente dolor, aspecto que excede de su campo de especialidad como de psicólogo forense, y que contraviene datos de la experiencia común (N° 16 - 17); las principales limitaciones de la pericia psicológica son haberse basado en la versión de la víctima [error material de la Cámara que por el contexto ha de entenderse que se refiere a la versión de la procesada], así también haber considerado como indicio de afectación psíquica que el hecho punible se haya producido en un lugar público donde era imposible ocultar el alumbramiento lo que refleja que no fue premeditado (N° 21); esta última reflexión, sostiene la Cámara, tampoco es de la especialidad del perito, ya que el delito es un fenómeno complejo (N° 23).

Prosigue la Cámara afirmando que los restantes elementos de prueba se orientan en sentido contrario a las conclusiones del perito psicólogo, por lo que éstas no resultan razonables para acreditar que la procesada haya presentado

un cuadro de carácter psicótico agudo al momento de los hechos, *"puesto que tal estado mental...no es compatible con todos los hechos que informan las otras pruebas"* (N° 26). Para sustentar esta *conclusión la Cámara transcribe extractos de las declaraciones de cinco testigos que interactuaron con la imputada al momento de los hechos (N° 27 - 31).*

Finalmente, concluye el tribunal de alzada que estos declarantes describen de manera conteste y armónica haber percibido que la imputada era "una *persona que actúa normalmente",* ya que se expresaba con *"pláticas* coherentes", ofreció una explicación alternativa de su conducta de encerrarse en el baño diciendo que tenía *"diarrea y hemorragia"* y no informó nada del parto o del fallecimiento del bebé, además de ocultar el cuerpo en un bolso que llevaba consigo (N° 34 — 38). Para la Cámara, todo este accionar es *"incompatible* con *un comportamiento mórbido* de *un* brote psicótico agudo"; por tanto, aunque no cuestiona la acreditación profesional del perito, pondera que debido a las limitaciones apuntadas en su análisis, la referida experticia se vuelve una evidencia débil sin utilidad para sustentar la concurrencia de una excluyente de responsabilidad penal (N° 39).

Adicionalmente, y atendiendo al principio de unidad lógica de la sentencia, se debe acotar que la Cámara al analizar aspectos relativos a otro motivo (inexistencia de prueba directa), alude a la capacidad de comprensión de la imputada en los fundamentos jurídicos número 130 a 138 de la resolución impugnada, volviendo a destacar extractos de las declaraciones vertidas en la vista pública por los miembros del personal de limpieza del centro comercial que se percataron de la presencia de la acusada dentro del cubículo del servicio sanitario así como los agentes policiales que se hicieron presentes con posterioridad al hecho; reiterando que el dicho de estos testigos indicaba que la persona procesada actuaba con normalidad y coherencia en el momento posterior al hecho ilícito.

Por consiguiente, la Cámara vuelve a afirmar que el actuar de la sindicada es incompatible con el comportamiento mórbido de un brote psicótico agudo, de acuerdo a las inferencias obtenidas de los referidos testimonios, rechazando nuevamente lo sostenido en la pericia del psicólogo forense. De igual manera, en el fundamento jurídico número 139 se alude de manera genérica y escueta a la ampliación de la pericia psiquiátrica, pero no se trata de un esfuerzo para extraer y valorar los elementos esenciales de su contenido cuya ponderación solicitaban los gestionantes (v. gr. la obnubilación y otros efectos psíquicos del parto precipitado) como tampoco se procura interrelacionar el contenido de ésta con la pericia psicológica.

De esta revisión del hilo argumentativo seguido por la Cámara al abordar el reclamo referido a la inimputabilidad de la sindicada, esta sede contempla con nitidez que ha producido una construcción defectuosa del razonamiento judicial, pues, ciertamente los Magistrados de apelación analizaron la pericia psicológica y formularon apreciaciones sobre la misma, como elemento relevante para esclarecer la imputabilidad de la acusada; pero obviaron referirse con claridad a los elementos contenidos en la ampliación de la pericia psiquiátrica, particularmente en torno al estado de obnubilación posterior al parto precipitado, pese a que al resumir los argumentos del escrito recursivo de apelación, habían identificado claramente que los impetrantes aludían a ambas pericias como las probanzas

que no fueron consideradas en primera instancia y que eran relevantes para apreciar la concurrencia de la excluyente invocada (Fs. 6, Inc. Ape.).

Lo anterior es una circunstancia que no puede pasar desapercibida, pues en decisiones anteriores se ha sostenido: "cuando se *reclama en casación que* el *tribunal que ha* conocido de *la apelación ha infringido su obligación de valorar integralmente las pruebas disponibles con arreglo a la sana crítica, es necesario verificar si por virtud del motivo de apelación admitido, el tribunal de segunda instancia se hallaba ante esa obligación de apreciación del material fáctico, lo cual depende básicamente del alcance de la impugnación" (Sentencia ---; de casación Ref. 115C2013, dictada el 12107/2013).*

Nótese, que la Cámara había identificado que los gestionantes denunciaban que ambas pericias de los especialistas en ciencias de la conducta habían sido excluidas de ponderación. Entonces resulta manifiesto que para cumplir la obligación legal de apreciar integralmente la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, prevista en los Arts. 179 y 394 Pr. Pn., y así construir correctamente la fundamentación analítica en torno al motivo invocado, debía considerarse con detenimiento y de manera conjunta las dos pericias de los profesiones de salud mental, formulando una conclusión que sopesase las concordancias y diferencias del criterio expuesto por ambos especialistas, para luego realizar un ejercicio de contraste con el resto de elementos del plexo probatorio y finalizar con el juicio jurídico en cuanto a si la persona acusada era inimputable al momento de los hechos.

Y es que, como se ha establecido en asuntos conocidos previamente por este colegiado, para ponderar adecuadamente la complejidad de los fenómenos de la psiquis humana, es de particular relevancia aprovechar los insumos proporcionados por el peritaje psiquiátrico, puesto que *"la psiquiatría...permite comprender, cuál es la implicación de la patología mental en la esfera de la libertad y voluntad del justiciable o en su grado de motivación, determinar asimismo, la existencia* de *una anormalidad psíquica o conductual y ayuda a poder aplicar, con mayor seguridad, el marco regulativo penal"* (Sentencias de casación Ref. 314-CAS-2011, pronunciada el 25/10/2013 y Ref. 52C2012, dictada el 22/03/2013).

En similar sentido, la Sala Segunda del Tribunal Supremo español, ha sostenido la extraordinaria relevancia de la prueba pericial en la medición de la culpabilidad y especialmente en estados de perturbación o alteración de la conciencia (Cfr. STS 989/2010, de fecha 10/11/2010), de modo que puede afirmarse que el perito especialista en las ciencias de la conducta, desarrolla una valiosa labor de asistencia e ilustración de conceptos de la que no puede prescindir el operador judicial al formular el juicio de imputabilidad.

Al ser manifiesta la omisión valorativa en la que ha incurrido la Cámara sentenciadora, al dejar de considerar con detenimiento la ampliación de la pericia psiquiátrica ni interrelacionarla con la pericia psicológica, esta Sala da por establecido un defecto en la motivación probatoria. No obstante, la identificación de este yerro, no implica que la resolución impugnada sea privada de eficacia de manera automática, sino solamente en los supuestos que la prueba omitida resulte ser decisiva (Cfr. Sentencia de casación 65-CAS-2012, dictada el

11/09/2013), y que por estar analizando una violación indirecta de la norma penal sustantiva, este carácter dirimente tiene que estar referido puntualmente, a determinar si en el caso de haber considerado la pericia psiquiátrica en interrelación con la pericia psicológica y demás elementos probatorios producidos, se hubiera arribado a una conclusión distinta sobre el extremo de la imputabilidad de la persona acusada."

INCLUSIÓN DE LA PRUEBA OMITIDA PERMITE APRECIAR UNA SITUACIÓN DE IMPUTABILIDAD DISMINUIDA Y NO DE INIMPUTABILIDAD

"Corresponde entonces a este colegiado, determinar si el referido medio de convicción cuya ponderación fue omitida por la Cámara, posee la entidad suficiente para modificar la decisión de apelación en el referido aspecto; para lo cual, habrá de acudirse al método de la inclusión mental hipotética, ejercicio intelectual que implica suponer el efecto de incorporar la prueba omitida al razonamiento judicial.

Previo a ello, cabe mencionar que aun cuando se trata de prueba pericial, esto es, un medio de carácter personal, ninguna de las partes ha controvertido el dominio científico y experiencia profesional de los especialistas que elaboraron los respectivos dictámenes y vertieron su declaración en el juicio oral, aspecto que refuerza la validez de las conclusiones plasmadas.

A partir de la revisión integral del expediente judicial, de la motivación descriptiva de primera instancia, se extrae el contenido esencial de las probanzas que fueron dejadas de lado por la sede de alzada, siendo éste:

a) En la ampliación de la pericia psiquiátrica suscrita por el doctor [...], médico especialista del Instituto de Medicina Legal, de fecha tres de diciembre del año dos mil catorce, en lo esencial, se extrae la conclusión que la imputada no presenta algún cuadro de enfermedad mental en el momento de ser examinada ni durante los hechos; no obstante, además de esta somera conclusión, el psiquiatra añade que realizó una revisión de los datos obrantes en el expediente judicial, identificando elementos que no se observan en personas que realizan perjuicio al producto, como la estabilidad del hogar y la aceptación e ilusiones por la llegada de su hijo. Por otra parte, formula la siguiente apreciación: "lo *que pudo haber pasado que al momento* de los hechos, sucede *un Parto* Precipitado, el cual no es *esperado y es agudo en fin, como lo dice Precipitado,* que *le toma en su lugar de educación, presentando por el dolor y pérdida* de *fluidos un desmayo* de *pocos minutos, la cual la deja obnubilada, por lo que esto no es sinónimo* de *Enfermedad mental, que si* el *tribunal quiere ampliar* puede *solicitar a un especialista en Ginecología" (sic)* [Fs. 211-212, pieza 2].

*b)* En lo relativo a la declaración en juicio del mismo médico legista, que fue interrogado de manera amplia por las partes, así también respondió preguntas aclaratorias formuladas por la Jueza sentenciadora durante la vista pública, en lo medular, afirmó que tiene veinte años de laborar en el Instituto de Medicina Legal, que examinó a la imputada en el mes de septiembre del año dos mil catorce y nuevamente en el mes de diciembre del mismo año como parte de la ampliación de la pericia solicitada por el Juzgado de Instrucción, realizando un

examen mental conforme a los parámetros de la ciencia médica. Además, consultó las experticias realizadas por el psicólogo forense y la trabajadora social que obraban en el expediente, para conocer antecedentes de la procesada. De acuerdo a su conocimiento, determinó que la imputada no padecía una enfermedad mental, tal como puede ser un cuadro psicótico, esquizofrenia o bipolaridad. Por otra parte, consideró que existían indicios de estabilidad en su hogar y que el recién nacido que falleció violentamente era un bebé esperado, que existía ilusión por el futuro nacimiento, lo cual no es común en las personas que causan perjuicio a su producto. Añade refiriéndose directamente a la ocurrencia de la conducta ilícita: "lo *que pudo haber pasado que al momento de los hechos sucede un parto precipitado lo cual* no *es esperado y es agudo en fin* como lo dice *precipitado que le toma en su lugar de educación presentado por dolor y pérdida de fluidos, desmayos* de *pocos minutos la cual la deja obnubilada, por* lo *que esto no es sinónimo de enfermedad mental...ese* estado puede *darse [por] un lapso pequeño, pero la enfermedad mental* puede *durar horas, dias* o meses... esto *se da en un lapso corto por la misma condición del parto y máxime si* éste es *un parto precipitado, que por la pérdida* de *fluido* se puede *generar un desmayo y* puede actuar de *manera errada* pero *esto no* quiere *decir* que está *oyendo voces* o *tenga direccionalidad de hacer tal o cual cosa,* cuando *una persona está errada no comprende varias cosas y no las hace bien...la diferencia* entre el *psicólogo y su persona es que* [según él] *la imputada tuvo un* pequeño *black* out *al* perder súbitamente el conocimiento*....es un parto donde pudo haber ruptura,* daño de *tejidos y hay un* dolor *bastante grande* donde se *pierde la conciencia por* eso dice él *que es obnubilación,* donde puede *estar mareado* [a], *no puede distinguir...que una persona que tiene de forma inesperada a un bebé* puede *tener un lapsus que* puede *de segundos* a *horas* y que *la conducta de una persona* con *esa pérdida* momentánea de la conciencia puede que está se *oled movilizar* o *no pero si lo hace es de manera errática, no* conoce adonde está en ese *momento, no sabe lo que ha pasado, es un parte* de *incomprensión, que* puede *suceder en un período* corto *de tiempo" (sic,* subrayado suplido) [Fs. 433 -435, pieza 3]. En esta declaración, también refiere que por exceder del ámbito de su especialidad no ha atendido partos, pero en el hospital ha observado el nivel intenso de dolor de las mujeres en el momento del alumbramiento; por ello, sugirió que se ahondase en este extremo con el aporte de un especialista en ginecología.

Ahora bien, previo a concluir sobre la decisividad de la prueba omitida, ha de aclararse que en general los peritos del área de las ciencias de la conducta no afirman de manera indubitable si existió o no algún acontecimiento, más bien con base en sus conocimientos y de las técnicas de su área de especialidad, determinan indicadores, parámetros o sintomatología que es consistente con patologías o afectaciones psíquicas o anímicas (véase la sentencia de casación Ref. 190C2015, dictada el 08/09/2015).

Nota este tribunal que el perito empleó en su declaración en juicio, el término "obnubilación" para describir la condición que a su entender pudo haber afectado a la imputada en un lapso breve e inmediato posterior al parto precipitado, esto es, precisamente el momento en que ocurrió la muerte violenta del recién nacido. Oportuno es entonces determinar el significado técnico del referido vocablo,

siendo adecuado consultar la literatura científica que expresa: *"en la obnubilación el individuo se percibe a sí mismo y al mundo externo en forma confusa y borrosa, se caracteriza por dificultad para concentrar la atención, percepción no clara de objetos y situaciones y dificultad para identificar las cosas y sucesos, todo esto acompañado de comprensión lenta e incompleta y dificultad para recordar lo ocurrido durante el episodio de obnubilación"* (DÍAZ PORTILLO, I., ob. cit., P. 169). Además, es relevante mencionar que la obnubilación puede desencadenarse por estados fisiológicos alterados que afecten el sistema nervioso central, así como por infecciones y situaciones de shock, notándose además que por tener menor entidad que los estados de sopor o coma puede pasar desapercibida al observador casual pero no al interrogatorio minucioso *(Cfr.* SAMAT, J., *Psicopatología de la conciencia,* Universidad Católica del Cuyo, 1999, P. 3 - 4).

En el entendimiento de esta Sala, la particular relevancia que se predica en general de la pericia psiquiátrica para el análisis de las capacidades de comprensión y autodeterminación del sujeto, se refuerza en el asunto concreto pues describe una condición que ocasionalmente puede pasar desapercibida a las personas sin conocimientos técnicos.

Por cierto, existen coincidencias y diferencias entre las afirmaciones del psicólogo y del médico psiquiatra, ya que el primero señaló después de haber realizado entrevista, observación, evaluación del estado mental y test psicológico, que a su entender la procesada cayó en un brote psicótico agudo que le provocó actuar de manera errática y anormal, debido al dolor intenso y alteración de la química sanguínea en el momento del parto, por lo que según su criterio, era con probabilidad una *"persona totalmente enajenada"* cuando perpetró el hecho. Por su parte, el psiquiatra coincide en la esencia pero difiere en la especie de la afectación momentánea que padeció la procesada, ya que rechaza el diagnóstico de brote psicótico pero considera factible que ésta se encontrase en un estado de obnubilación, con *"actuación errada...pérdida momentánea de la conciencia... incomprensión de las cosas",* destacando también los antecedentes de la procesada como una persona que no estaba viviendo un embarazo clandestino y oculto, sino esperado y aceptado, aspectos que se vinculan con la pericia de trabajo social.

Como contrapeso a lo anterior, se encuentran los testimonios de las personas del servicio de limpieza del centro comercial y de los agentes policiales, que sin presenciar directamente la muerte de la víctima recién nacida, si tuvieron contacto con la procesada en el momento inmediato posterior, dialogando con ella mientras se encontraba encerrada en el cubículo del servicio sanitario y cuando salió de ahí llevando el cadáver del recién nacido en un bolso. Estas personas observaron el hecho desde distintas perspectivas, pero como lo resaltó la Cámara sentenciadora, confluyeron en sostener que les pareció "normal" la conducta de la imputada y que su conversación era "coherente".

No obstante, resultaría arbitrario que su dicho sea considerado esencial para esclarecer el estado psíquico de la procesada al suceder los hechos, pues la perspectiva de estos testigos, es la de personas legas en el ámbito de la salud mental, a diferencia de los profesionales especializados. Y es que no puede ignorarse una persona sin formación en dicha área se le dificulta advertir el

alcance de una perturbación en el ámbito psíquico, por la misma carencia de conocimientos especializados.

Aunado a lo antes mencionado, es pertinente retomar el enfoque de género en los relativo a dar relevancia a los problemas propios de las mujeres que anteriormente habían sido invisibilizados por la sociedad. Por tanto, este tribunal no puede ignorar que, desde el siglo XIX, los estudios de medicina forense han descrito afectaciones severas y temporales de la conciencia, así como estados de intensa emoción que se relacionan con el momento del parto *(Cfr.* BROCKINGTON, I., ob. cit., P. 64), aspecto que resulta consistente con la descripción reflejada en la prueba científica.

De las consideraciones previas, estima este tribunal que la ampliación de la pericia psiquiátrica y la declaración en juicio del doctor [...], en caso de ser valorados en conjunto con la pericia psicológica, serían decisivos para esclarecer el juicio de imputabilidad y de ser incorporados en el razonamiento de la Cámara tendrían innegable incidencia en la conclusión adoptada.

Se observa también, que la conclusión a la que conducen razonablemente los elementos omitidos, es que la procesada se encontraba en un estado de *obnubilación* post parto, lo que puede ser asimilado como una perturbación o enturbiamiento severo de la conciencia; puesto que, la opinión de los especialistas confluye en señalar que la imputada no se encontraba en un estado normal de conciencia, debido al dolor intenso y pérdida de fluidos generado por el parto precipitado, aunque se aclara que el psiquiatra no consideró que esta perturbación o alteración fuera plena, sino únicamente parcial, ya que de manera clara rechazó equipararla a una condición que genera ruptura completa entre la persona y la realidad exterior (psicosis).

Para esta Sala, al incluir la prueba omitida se arribaría a concluir que la imputada sufrió una alteración de conciencia en el momento inmediato posterior al parto, y que ésta tuvo suficiente entidad para limitar la capacidad de dirigir su comportamiento y adecuarlo a la exigencia normativa en el momento de ocurrencia del hecho punible, aunque sin llegar a aniquilar por completo esta capacidad, es decir, cabria aprecia una situación de imputabilidad disminuida y no de inimputabilidad.

En vista de lo apuntado, esta Sala reconoce el carácter decisivo de la prueba no valorada por la Cámara sentenciadora."

APLICACIÓN DE LA FACULTAD DE CORREGIR DIRECTAMENTE LA VIOLACIÓN DE LEY PRONUNCIANDO LA SENTENCIA QUE CORRESPONDA EN DERECHO

"9. En general, al identificarse la ausencia de ponderación de evidencia con valor decisivo, esta Sala procede a anular la resolución objetada y ordenar que se repongan las actuaciones invalidadas por un tribunal distinto.

Sin embargo, en decisiones previas de esta Sala se ha sostenido, que en ciertos casos resulta inoficioso y contrario al principio de economía procesal y a la obligación constitucional de prestar una pronta y cumplida justicia que se ordene la reposición de la actividad procesal, cuando se prevé inexorablemente que se arribará a una determinada conclusión, debiéndose en tal caso, dictar de ma-

nera directa el fallo que se encuentra ajustado a derecho, particularmente cuando se trata de una absolución u otra resolución que sea menos gravosa para la persona sindicada (Cfr. Sentencias de casación Ref. 25-CAS-2015, pronunciada el *13/01/2016 y Ref. 130-CAS-2008, emitida el 13/10/2013). Así lo ratifica la doctrina al afirmar:* "se concede al tribunal de casación la función francamente positiva de aplicar concretamente la norma debida al caso sometido a su decisión", *a efecto de evitar que el reenvío se cumpla como mera formalidad (Cfr. DE LA RÚA, F.,* La Casación Penal, *Edit. Depalma, Buenos Aires, 1994, P. 265).*

Además, ya se ha explicado la particularidad del presente caso, según la reconducción realizada por la Sala de la propuesta casacional de los recurrentes, el defecto de motivación probatoria tuvo como efecto indirecto la provocación de una violación de fondo, al incidir en la calificación jurídica del sustrato fáctico, por dejar la Cámara de calificar una circunstancia que modifica la responsabilidad penal.

Por estas consideraciones, en el caso concreto no sería conveniente ni acorde a la función dikelógica de la casación, anular el fallo de alzada y ordenar su reposición por otro tribunal, pues resulta claro que de ponderarse los elementos omitidos en un nuevo examen, se arribaría como necesaria y razonable conclusión a apreciar un supuesto de imputabilidad disminuida por grave perturbación de la conciencia, prevista en el Art. 27, Inc. 1° Pn, N° 4, literal b.

En consecuencia, debe hacerse uso de la facultad prevista en el Art. 484 Pr. Pn., en el sentido de corregir directamente la violación de ley, pronunciando la sentencia que corresponda en derecho."

LÍMITES ABSTRACTOS DE LA PENALIDAD QUE PUEDE SER IMPUESTA A LA IMPUTADA EN RAZÓN DE LA SITUACIÓN DE IMPUTABILIDAD DISMINUIDA EN QUE SE ENCONTRABA AL MOMENTO DEL HECHO

"**10.** Se ha dejado establecido en párrafos anteriores que, conforme a criterios doctrinarios, la imputabilidad disminuida no excluye la responsabilidad penal, pero obliga a aplicar una notable disminución de la pena que se impone al justiciable.

Lo anterior es consecuencia lógica de los principios constitucionales de igualdad, proporcionalidad y necesidad de la pena, de los que se deriva que la sanción penal aplicable a una persona que presentaba una profunda limitación de las capacidades de comprensión de la ilicitud y autodeterminación en el momento de cometer los hechos, no puede ser igual al de una persona a la que el comportamiento ajustado a la norma le era asequible de manera completa, es decir, un sujeto imputable, puesto que la igualdad en nuestro diseño constitucional, requiere el trato diferenciado de aquellas personas que se encuentran en una situación objetiva de desigualdad. En ese sentido, en decisiones emitidas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se ha sostenido que: *"El mandato de respeto a la igualdad, de acuerdo* al art. 3 de *la Cn., se proyecta tanto en la formulación de la ley -dirigido al legislador y demás entes con potestades normativas-, como en la aplicación de la ley -por parte de las autoridades jurisdiccionales y administrativas-,* con *lo cual se busca garantizar*

*a los iguales el goce de* los *mismos beneficios -equiparación- y a los desiguales diferentes prerrogativas -diferenciación justificada-"* (Resolución de amparo Ref. 653-2014, dictada el 13/02/2015).

Esta reflexión general sobre el contenido del principio de igualdad, se ve reafirmada en el caso particular de los sujetos con imputabilidad disminuida, al considerar que el juicio de reproche no puede ser idéntico a las personas que se encuentran en situación de normalidad psíquica y anímica, como tampoco ha de ser igual a los inimputables, que carecen por completo de la capacidad de comprender sus actos y no conservan siquiera un atisbo de autocontrol e inhibición de los propios impulsos. En ese sentido, se afirma en reflexiones doctrinarias que esta sede comparte: *"El principio de equidad* nos *impulsa a cuestionar si deviene justo ubicar en la misma posición* a *un individuo sin ningún tipo de desorden mental de un lado y de otro a uno que atraviesa, por ejemplo, una neurosis o un trastorno situacional que no presuponen la pérdida del contacto con el medio pero que sí alteran la percepción de los fenómenos circundantes"* (GARCÍA GONZÁLEZ, G. y BENÍTEZ COLLAZO, N., ob. cit., P. 14).

Afirmada la anterior premisa, relativa a la necesidad de tratar de manera diferenciada a las personas que se encuentra en situación objetiva de desigualdad por sus reducidas capacidades de comprensión y autodeterminación, corresponde determinar el marco penológico que debe ser empleado en el juicio de reproche personal a la imputada [...]., como persona que se hallaba en situación de imputabilidad disminuida al ocurrir el hecho punible. Esta cuestión ya ha sido dilucidada en asuntos conocidos con anterioridad por esta sede, a partir de constatar que el legislador no ha previsto un rango de penalidad mínima y máxima en los casos de imputabilidad disminuida.

La solución ajustada a la prohibición del juzgador para crear penas, se ha encontrado en decisiones anteriores acudiendo a la autointegración analógica del Código Penal, aplicando a los sujetos con imputabilidad disminuida la pena prevista por el legislador para los casos de error vencible de prohibición, es decir, dentro del margen comprendido en la tercera parte del mínimo a la tercera parte del máximo previsto para cada tipo penal, a tenor de los Arts. 28 Inc. 1° y 69 Pn. (Cfr. Sentencia de casación Ref.19-CAS-2004, pronunciada el 21/09/2004), dado que la analogía en sentido favorable al imputado se encuentra permitida en el ámbito penal.

Y es que se puede identificar una semejanza relevante entre el actuar de las personas que tienen plena asequibilidad normativa, y que incurren en un conducta prohibida debido a una representación falsa o inexacta de la realidad (error); con la conducta de aquellos sujetos que tienen una capacidad disminuida para comprender la ilicitud del hecho y ajustarse a esa comprensión, ya que en ambos casos, no existe entendimiento preciso de la conminación penal y tampoco una recta voluntad de desafiar la prohibición legislativa, de modo que deviene desproporcionado aplicar la misma pena que está reservada a los sujetos imputables que actúan sin error. Consiguiente, lo ajustado a la equidad es aplicarles un marco penológico de menor entidad.

Teniendo presente lo explicado con antelación, los límites abstractos de la penalidad que puede ser impuesta a la imputada [...], en razón de la situación de

imputabilidad disminuida en que se encontraba al momento del hecho, por analogía favorable, debe ser la que se aplicaría en un supuesto de error vencible de prohibición, que como se ha aclarado previamente que va desde la tercera parte del mínimo hasta la tercera parte del máximo previsto para el delito de Homicidio Agravado, Arts. 128 y 129 N°1 Pn., es decir, de diez años a dieciséis años ocho meses de prisión."

CRITERIOS DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

"11. Para decidir la pena concreta a imponer, esta sede procede a considerar los criterios de individualización de la pena previstos en el Art. 63 Pn., haciendo referencia a los adoptados en la fundamentación jurídica del tribunal de primera instancia y que no fueron modificados por la Cámara que conoció en alzada, pero también a los que se desprenden de la prueba omitida en su oportunidad.

En ese sentido, se tiene:

a) En torno a la extensión del daño sufrido por la víctima, no se acreditó la existencia de daño superior al que comúnmente se produce en esta clase de delitos, cuyo efecto inherente es la privación de una vida humana;

b) No se ha establecido de manera inequívoca los motivos que impulsaron a la acusada a realizar el hecho punible;

c) La capacidad de discernir lo lícito e ilícito se encontraba sustancialmente disminuida, aunque no aniquilada por el estado de obnubilación posterior al parto precipitado;

d) La procesada es una persona mayor de edad, con un nivel de madurez normal conforme a su edad cronológica, con nivel académico universitario, con empleo fijo, con un hijo, con un núcleo familiar integrado y que mantiene una relación estable de convivencia;

e) No se configuraron agravantes genéricas ni otras circunstancias atenuantes de la conducta.

En virtud de estas consideraciones, y haciendo énfasis en la capacidad la procesada en el momento del hecho delictivo, esta Sala determina que el *cuantum* de la pena que debe imponerse a la sindicada [...], es el mínimo dentro del rango de penalidad abstracto que se relacionó con antelación, es decir, diez años de prisión. En consecuencia, en la parte dispositiva de esta sentencia la pena principal será modificada a esta cuantía; en igual sentido, habrán de modificarse las penas accesorias."

CRITERIO SOSTENIDO ANTERIORMENTE PARA LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA NO SE OPONE AL ADOPTADO EN EL FALLO

"12. A efecto de salvaguardar la fuerza vinculante del autoprecedente, es conveniente mencionar que en una decisión anterior emitida el día veintiuno de febrero del año dos mil siete, en relación al incidente de casación Ref. 329-CAS-2006, se rechazó la pretensión recursiva que pretendía modificar la apreciación del tribunal de instancia, el cual había estimado que la persona procesada se encontraba en situación de imputabilidad disminuida, mientras que

la parte gestionante planteaba que debió haberse estimado la inimputabilidad, a tenor de lo previsto en el Art. 27 Inc. 1° N° 4 Pn.

En aquella resolución, esta sede señaló la dificultad de comprobar el estado mental sufrido por la persona imputada en el momento de ejecutar los hechos, ante la restricción de ponderar prueba en el ámbito casacional. No obstante, el criterio sostenido en esa ocasión anterior, no se opone diametralmente al adoptado en el presente fallo por dos razones básicas: en primer lugar, en aquella causa la parte recurrente pretendía demostrar sus aseveraciones a partir de su propia y particular estimación de la prueba testimonial; y en segundo lugar, en aquel asunto pretérito, esta sede destacó que la parte recurrente pretendía desmeritar los peritajes realizados por especialistas de las ciencias de la conducta, evidencia primordial para ilustrar los aspectos vinculados a la capacidad mental de las personas, por lo cual, la determinación del estado mental del justiciable hubiese requerido un ejercicio de mera especulación.

Por el contrario, en los considerandos del presente fallo se ha partido de la circunstancia manifiesta que la prueba pericial elaborada por especialistas en las áreas de psiquiatría y psicología forense sí fue incorporada y producida en juicio, a la vez que su dominio científico y experiencia profesional en ningún momento fue puesto en duda por las partes; además, se ha comprobado particularmente que la Cámara omitió valorar integralmente la pericia psiquiátrica. A su vez, se ha acudido al método de la inclusión mental hipotética, determinándose que se trata de evidencia de carácter decisivo, que al ser tomada en cuenta e interrelacionada de manera integral con los restantes elementos de convicción, de manera inequívoca muestra que la sindicada se encontraba en situación de imputabilidad disminuida al perpetrarse el hecho punible.

En vista de lo apuntado, se deja constancia que no se está abrogando el criterio adoptado con anterioridad, ya que los supuestos abordados en ambas resoluciones no coinciden de manera exacta; más bien, la referida decisión previa refuerza lo sostenido en el presente fallo, en cuanto a la particular relevancia de la prueba pericial psiquiátrica y psicológica, al aportar los conocimientos especializados de las ciencias de la conducta e ilustrar al tribunal sobre los aspectos referidos a la capacidad mental de las personas."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 419C2015, fecha de la resolución: 13/09/2016*

## CONCURSO REAL DE DELITOS

AUSENCIA DE VICIO ANTE LA SUFICIENTE FUNDAMENTACIÓN Y CORRECTA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

"a) El impetrante invoca como primer motivo de casación, la falta de fundamentación de la resolución que confirma la sentencia condenatoria en contra de sus representados y lo justifica con los razonamientos que de *forma literal dicen: […]*

Agrega además, que la cámara tuvo que haber sido acuciosa al negar la existencia de este motivo, pues, la coherencia entre lo peticionado y los ele-

mentos de prueba están íntimamente ligados; no basta, afirma, con decir que la sentencia cumple con una fundamentación elemental, toda sentencia puede cumplir con ella, y eso no garantiza que los medios de prueba hayan sido analizados exhaustivamente, determinando así, incongruencia entre la conducta acusada y los elementos recabados; confirmando, infundadamente dicho tribunal, la sentencia condenatoria, por cuanto, a su criterio, si se hubieran valorado acuciosamente las pruebas, se habría determinado que no hay elementos para conferir una pena por el delito de Homicidio en Grado de Tentativa, en perjuicio de un adolecente siendo lo más prudente absolverlo.

Respecto del anterior motivo, la resolución pronunciada por la Cámara proporciona los juicios de valor que en lo medular dicen […]

También señala la alzada, que para ser coautor no es cierto que todos los sujetos intervinientes en un hecho delictivo tengan exegéticamente que realizar cada uno toda la conducta que describe el tipo penal; en igual sentido, indica que en un delito de homicidio, como el que nos ocupa, no todos tienen que halar el gatillo del arma de fuego en contra de la víctima.

Finalmente, manifiesta la Cámara que el imputado no tuvo ninguna actitud disuasiva o de desistimiento ante la agresión de sus compañeros hacia la misma víctima y la disponibilidad por él reflejada en torno a la realización del delito expresa, indiscutiblemente, un dolo conjunto de todos los presentes en la fase ejecutiva del delito, y que en esa línea de análisis, existió una clara coautoría que proyectó la intervención de los justiciables, entre los cuales estaba […].

Dicho lo anterior, y para que el tribunal de Casación pueda ejercer válidamente el examen acerca de la debida motivación de una sentencia, (lo cual comprende -entre otros presupuestos- básicamente la legitimidad de las pruebas, que las conclusiones de la sentencia respondan a las reglas de la sana crítica, que sea expresa, clara completa y, en fin, que las normas rituales que disciplinan ese saber sean debidamente acertadas), tiene el Juez -o jueces- la insoslayable obligación de suministrar las razones que justifican el pronunciamiento que emite. “debe enunciar el por qué de su decisión. Debe, en una palabra, fundamentar la sentencia y justificar la decisión jurisdiccional”. (De la Rúa, Fernando. El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino. Víctor P. de Zavalía, editor Buenos Aires, 1968, p. 156).

Vistos los razonamientos que la Cámara plasmó para arribar al fallo impugnado, esta Sala advierte que dicho tribunal aparte de realizar una argumentación suficiente, efectúa una fundamentación intelectiva efectiva, por cuanto establece acontecimientos que pueden ser corroborados con toda la prueba que desfiló en vista pública, como por ejemplo:

La declaración del testigo con clave de protección […], conforme a lo cual estableció que: […]

De la fundamentación probatoria intelectiva del acervo de evidencias antes citado, efectuada en primera como en segunda instancia, se colige que la motivación defectuosa que atribuye el impetrante a la sentencia impugnada, carece de fundamento; por lo que es pertinente afirmar que en el caso de autos, la Cámara ha demostrado en sus argumentos que de la prueba analizada se pudo comprobar tanto el hecho como la participación delincuencial del imputado; va-

loración que incluyó, además del relato de la víctima y testigos, la prueba documental y pericial antes relacionada.

En consecuencia, no se configura la falta de fundamentación por violación a las reglas de la sana crítica alegada por el recurrente, en virtud de que existe una motivación integral sobre los medios probatorios, apreciándose una estructura de razonamientos que corresponden a la coherencia y derivación de pensamientos que permiten ver claramente el esquema lógico de la convicción de la Cámara basado en los medios probatorios contenidos en las actuaciones, razón por la cual este tribunal no identifica vicio que declarar y, por ende, no es procedente casar dicha resolución."

CUANDO UN MISMO AGENTE EJECUTA UNA PLURALIDAD DE ACCIONES INDEPENDIENTES QUE GENERAN UNA PLURALIDAD DE DELITOS AUTÓNOMOS

"b) Respecto al segundo de los motivos consistente en la errónea aplicación de la ley penal del Art. 41 Pn., en relación a los Arts. 148, 128, 129 Nº 3 y 24 Pn.; por considerar el casacionista, que de conformidad a los hechos debió aplicarse el Art. 7 N° 3 Pn., que regula el concurso aparente de leyes y, sobre esa base, sancionar sólo la conducta del Homicidio Agravado en grado de tentativa, absorbiendo este delito grave al delito menor —la privación de libertad- quedando excluido el concurso real el cual fue así calificado en la sentencia confirmada por la Cámara.

Para resolver el motivo centraremos nuestro análisis jurídico en los párrafos de la sentencia impugnada que contienen los pasajes pertinentes al supuesto defecto denunciado por el impetrante referente a que la misma importa una inobservancia o errónea aplicación de la ley penal; asi que el tribunal Ad quem manifestó:

*"...detecta esta Cámara que dicho argumento no solo es simplista, sino incompleto y confuso, advirtiéndose poca claridad en el análisis de dichas instituciones jurídicas, como lo son el "concurso aparente de leyes" y el "concurso real de delitos" se le hace ver que el Art. 469 Inc. 2° Pr.Pn. regula Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso solo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su corrección o ha efectuado reserva de recurrir en apelación"*

*"...De lo antes expuesto se advierte que dicho profesional no cumplió con el referido requisito que señala el legislador pues es claro que el planteamiento que hizo es diferente al que está haciendo en ésta segunda instancia, en el sentido que pidió que subsumiera el delito de tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de arma de fuego, al delito de homicidio agravado imperfecto, pero como por ese delito el señor juez dictó sentencia absolutoria, ahora en esta instancia lo cambia al otro delito, que es por el delito de privación de libertad, pero ello no fue planteado por el referido defensor ante el juez de sentencia, incumpliendo lo que ordena el referido Art. 469 Pr. Pn. por lo que esta Cámara no puede entrar a conocer y analizar sobre dicha circunstancia al no haber cumplido con el presupuesto que el legislador plantea en lo que son sus márgenes*

*estructurales de acción, por lo que más que improcedente, es inadmisible este motivo..."*

Advierte este tribunal casacional, que los argumentos del impetrante basados en la invocación de las reglas establecidas en el Art. 7 Pn., a observar en el caso un concurso aparente de leyes penales, el cual supone que una o varias acciones son incardinables en dos o más preceptos legales, de los cuales sólo uno podrá aplicarse, ya que la estimación conjunta de estos como concurso real o ideal, produce a su criterio, una violación al principio Ne bis In ídem; lo que se traduce en que la pretensión del impetrante es lograr, en ambas sedes [Cámara y Sala], el cambio de calificación jurídica mediante la correcta aplicación de las normas concursales.

En cuanto a lo resuelto por la Cámara respecto de este motivo, se advierte que si bien es cierto que el impetrante es confuso en sus alegatos, como lo afirma dicho tribunal, no es menos cierto que la finalidad del mismo era el cambio de calificación antes relacionado, advirtiendo esta Sala que el actuar de la Cámara no se apega a lo regulado en el Art. 469 Inc. 2 Pr. Pn., que establece: *"...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...".* Tal requisito procesal del "reclamo oportuno" no es aplicable en el presente caso, ya que el motivo invocado por el apelante es un error doctrinalmente nominado como In ludicando, es decir, que corresponde a aquellos vicios referentes a la ley sustantiva, en los cuales no es procedente dicha exigencia; en consecuencia, este tribunal no comparte el criterio utilizado por los magistrados Ad quem, debiendo, por ende darse una respuesta al mismo por parte de esta Sala.

Por lo anterior, y no obstante que la Cámara omitió realizar el análisis en cuanto al motivo invocado, este tribunal, en uso de las facultades que la ley confiere, en cuanto a solventar o enmendar las violaciones a la misma, como lo ha hecho en reiteradas ocasiones, procederá a resolver directamente el error señalado y desarrollado en el libelo recursivo, de conformidad a lo establecido en el Art. 484 Inc. 30 Pr. Pn, (Véase Sentenciado la Sala de lo Penal con Ref. 300C2015).

Es así, que de conformidad al examen realizado en esta sede, de la sentencia de mérito respectiva, en cuanto a la calificación jurídica de los hechos, se deduce de los mismos que […].

Vistos los hechos, es preciso exponer que el concurso real —que es la calificación resuelta en primera instancia y confirmada por la Cámara- se presenta cuando hay una pluralidad de acciones realizadas por un sujeto activo constituyendo una pluralidad de delitos, es decir, cada una de esas acciones debe ser independiente, de tal forma que se puedan considerar como ilícitos autónomos.

El concurso real, puede ser Homogéneo —cuando los delitos que se cometen son iguales o de la misma naturaleza- y Heterogéneo, cuando los delitos son diferentes.

El concurso real está regulado en el Art. 41 Pn. Que establece: *"Hay concurso real cuando con dos o más acciones u omisiones independientes entre si,*

*se cometen dos o más delitos que no hayan sido sancionados anteriormente por sentencia ejecutoriada.""*

EXISTENCIA DE CONEXIÓN ENTRE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y EL HOMICIDIO AGRAVADO TENTADO NO HACE PERDER A CADA UNO SU INDIVIDUALIDAD TÍPICA

"En los casos de pluralidad de delitos, para establecer si éstos han sido cometidos mediando una sola acción o varias acciones, es necesario considerar la estructura del tipo penal correspondiente, a fin de establecer la reiteración con la que en el suceso histórico comprobado se observan cumplidos los elementos objetivos y subjetivos que exige esa tipicidad, ya que la unidad o pluralidad de acciones no depende de la cantidad de movimientos corporales realizados, ni del número de resultados producidos.

Así, en el delito de homicidio, la descripción típica consistente en matar a otro, constituye la unidad valorativa que sirve para examinar en concreto si, en la proposición fáctica acreditada, los resultados de muerte fueron producidos por una sola acción o por un número mayor; igualmente en el delito de privación de libertad la descripción típica consiste en privar a otro de su libertad ambulatoria, unidad valorativa que no está contemplada en el delito de homicidio.

En el caso Sub examine, si bien existe una clara conexión entre la privación de libertad y el homicidio agravado tentado, tanto en el plano objetivo como subjetivo, como parece apuntarlo el recurrente, no obstante ello, a criterio de la Sala, la concurrencia de esa circunstancia no le hace perder al otro hecho su propia individualidad típica."

CORRECTA APLICACIÓN Y ADECUADO ESTABLECIMIENTO DE LA PENA

"En ese orden de ideas, el Art.7 Pn regula las reglas a seguir en los casos de concurso aparente de leyes penales, lo cual supone que una o varias acciones son incardinables en dos o más preceptos penales, de los cuales sólo uno podrá aplicarse, así, la última de las reglas (Nº 3) prevé que *"el precepto penal complejo absorberá a los preceptos que sancionan las infracciones consumidas en aquél".* Debiéndose aplicar el precepto que en su tipicidad incluya el desvalor de todo el hecho, la cual no acontece con el Homicidio Agravado en relación al delito de Privación de Libertad, ya que en aquél la agravación tiene un fundamento predominantemente subjetivo que no llega a excluir el delito precedente por no abarcar sus elementos típicos y en consecuencia no comprender toda la ilicitud del mismo.

El anterior criterio ha sido sostenido por este tribunal, en similares casos, verbigracia véase la resolución pronunciada a las ocho horas y diez minutos del día treinta de marzo del año dos mil once, registrado bajo la Ref. Nº 759-CAS-2008.

En tal sentido, lo resuelto en el caso de autos, tanto en primera como en segunda instancia, está apegado a derecho, por cuanto se ha aplicado correctamente el Art. 41 Pn, al calificar los hechos como concurso real de delitos y, en consecuencia, la pena aplicada a los encartados es la que corresponde."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 104-C-2016, fecha de la resolución: 10/10/2016*

## CONDICIONES CARCELARIAS

INJUSTIFICABLE QUE UNA PERSONA ACUSADA POR UN HECHO PUNIBLE GRAVE SUFRA DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA Y OTROS TRATOS DEGRADANTES

"13. Por otra parte, esta Sala observa que la persona procesada manifestó en su declaración indagatoria en el juicio oral, que había sufrido denegación de asistencia sanitaria y otros tratos degradantes durante el tiempo que ha guardado detención provisional. En vista de ello, esta sede considera necesario certificar a la Dirección General de Centros Penales del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, como institución responsable del correcto funcionamiento de los centros penitenciarios del país; al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena competente, como encargado de garantizar el respeto de los derechos de toda persona privada de libertad, conforme al Art. 35 de la Ley Penitenciaria; así como a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, a tenor de la facultad de vigilancia de las condiciones de la personas privadas legalmente de libertad, prevista en el Art. 194 Inc. 1° Ord. 5° Cn., los pasajes del expediente judicial en los que consta la referida declaración indagatoria, a efecto de esclarecer los señalamientos vertidos por la procesada. Es oportuno recordar que aun cuando una persona sea acusada por un hecho punible grave, es injustificable que actos ajenos a las penas legales puedan producirse en los centros penitenciarios del país, en contravención de lo regulado en los Arts. 2 y 27 Cn., así como del principio de dignidad humana.

Si como resultado de la verificación interna que realice la Dirección General de Centros Penales, se advirtiese alguna infracción administrativa habrá de procederse conforme a la normativa aplicable; y en el caso de encontrarse indicios razonables de la comisión de un ilícito penal, los hallazgos habrán de ponerse en conocimiento de la Fiscalía General de la República para los efectos legales consiguientes. Asimismo, de comprobarse cualquier abuso o maltrato, deberán adoptarse oportunamente las medidas encaminadas a evitar la repetición de esta conducta."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 419C2015, fecha de la resolución: 13/09/2016*

## CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL

MANIFESTACIÓN ESPONTÁNEA QUE REALIZA LA IMPUTADA AL MOMENTO DE SU CAPTURA NO REÚNE LOS REQUISITOS PARA SER VALORADA COMO CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL, PERO PUEDE ADECUARSE AL TESTIMONIO DE REFERENCIA

"**1.** El abogado [...], fundamenta su queja en el hecho que la Cámara haya valorado como confesión extrajudicial lo manifestado por la procesada [...], al momento de su captura, no obstante que no se contó con la asistencia de un defensor, requisito sin el cual no debió ser apreciada como prueba en su contra; de manera que, al apreciarla como confesión en contra de ambos imputados se

vulneró el derecho de defensa material y técnica que garantizan los Arts. 11 y 12 de la Constitución de la República, Art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todo en relación con el Art. 259 Inc. Final CPP.

Con el fin de demostrar su reclamo cita el siguiente argumento que consta en el proveído de la Cámara.:*"...el fundamento que finca el Juez luego de hacer un análisis del* elenco probatorio *presentado por las partes para desfilar en vista pública, lo que no puede entenderse símil en ningún momento a la verdad material, la cual es referida específicamente a los hechos acreditados, bajo esa óptica, en el caso de mérito la verdad material fue definida desde el momento de la espontánea confesión de la imputada al momento de su captura, en ese sentido se vislumbra identidad entre la verdad material y el análisis del A quo, del elemento probatorio* o *sea la verdad procesal, por tal razón la confusión alegada es inexistente..."* (Sic.) (El subrayado y cursivas son nuestras).

2. Delimitado el asunto medular de la impugnación, se procede a revisar los argumentos en que aparece fundamentada la confirmatoria pronunciada por el tribunal de apelación en relación con el punto objetado, determinándose que, además del argumento citado por el recurrente en su escrito, la Cámara razonó lo siguiente: "... *Otra circunstancia objeto de inconformidad, es que el señalamiento de la imputada hacia el procesado [...] ha sido valorado como confesión extrajudicial cuando a criterio del apelante no colma los requisitos de tal, sobre ello es propicio acotar que (...) hay otros medios probatorios agregados al proceso que acompañan la versión de la imputada y éstos son los testigos captores quienes escucharon de manera directa el dicho de la procesada (...) en* lo *atinente al tercer punto, según el testimonio de los agentes policiales al verse acorralada la imputada de forma espontánea refiere el nombre de la persona que la envío por la encomienda, sin que conste que haya tenido que ejercer algún tipo de violencia en la humanidad de ésta para obtener tal información(...) pudiéndose ajustar dicho señalamiento a lo regulado en el Art. 221 N° 4 del mismo cuerpo normativo....".* (Sic) (El subrayado y las cursivas son de esta Sala).

También argumentó: *"...el punto medular que se ataca es el señalamiento, que al momento de su captura hace la imputada [...] (...) en referencia al procesado [...] (...) sobre ello es necesario establecer, que en estos casos además de la versión de la persona detenida, es necesario contar con otras fuentes de conocimiento periféricas* o *datos adyacentes, que concuerden* o *doten* de *verosimilitud el dicho de ésta (...) se advierte, que (...) el (...)testigo clave URANO (...) observó a tres sujetos quienes los conoce e identifica como miembros de estructura terrorista (...)* uno *se hallaba en condición de discapacidad (...) en silla de ruedas, y corresponde al alias "[…]",* o *"El […]" (...) escuchó cuando éste sujeto hablaba por teléfono y decía: "ya te dije que lo dejes ahí por el puente", declaración que fue analizada y valorada por el sentenciador, resultando el hecho que el imputado fue detenido en el mismo lugar donde lo ubicó el testigo (...) el dicho del testigo URANO es reforzado con el testimonio de los agentes captores, quienes presenciaron directamente los hechos por haber intervenido en el dispositivo policial (...) En suma, el señalamiento efectuado por la imputada (...) ha sido confirmado por datos externos, es decir, por otra fuente de prueba distinta de la facilitada por la propia imputada..."* (Sic) (El subrayado y cursivas son nuestras).

3.En principio debe advertirse que la confesión extrajudicial, para que pueda ser apreciada como prueba deberá reunir los requisitos que se señalan en los numerales 1,2 y 3 del Art. 259 CPP, y además, haber sido rendida con asistencia de defensor (Parte final del Art. 259 CPP).

En el caso concreto, se constata que la Cámara no incluyó en sus argumentaciones (tendentes a confirmar el valor probatorio que se le dio -en primera instancia- a la manifestación espontánea que hizo la imputada al momento de su captura) la explicación del requisito de que la confesión haya sido rendida con la asistencia de un abogado defensor; sin embargo, vemos que finalmente desestima el reclamo de apelación porque considera que el señalamiento que hizo la imputada contra el coimputado [...], podría adecuarse incluso en la situación descrita en el N°4 del Art. 221 CPP, es decir admitiéndose -de manera excepcional- prueba de referencia (testigo captor) en relación con las manifestaciones expresadas de manera consciente y espontánea por la imputada [...], en las circunstancias particulares en que se encontró (al momento de su captura) lo cual obviamente implicaba un perjuicio a sus intereses.

Partiendo de lo anterior, se puede afirmar que aunque la Cámara no reparó —de manera expresa— en la circunstancia de que la manifestación espontánea que realizó la imputada al momento de su captura no reunía los requisitos del Art. 259 CPP para ser valorada como confesión extrajudicial, implícitamente aceptó esta condición desde el momento que advierte que podría adecuarse en el N°4 del Art. 221 CPP.,-testimonios de referencia-.

Nótese que la condición que impedía valorarla como confesión extrajudicial, no sólo obedece al hecho de que no se contó con la asistencia de un defensor, sino además, porque técnicamente la información no constituye prueba de confesión, pues no contiene en sí misma una aceptación expresa de haber participado en el delito de Extorsión, ni consta en autos que sea producto de un interrogatorio por parte de los policías captores, sino que se trata de una manifestación espontánea que realizó la imputada precisamente en el momento en que es sorprendida in fraganti recogiendo el paquete de dinero producto de la extorsión; de manera que, la información que proporcionó la imputada no fue lo que motivó su detención, sino más bien, la situación de flagrancia en la que fue encontrada por los agentes captores, al haber llegado al lugar indicado para la entrega, recoger el paquete señuelo y salir corriendo al verse sorprendida por los agentes policiales, optando en ese momento por entregar el dinero a otro sujeto que la acompañaba.

Por otra parte, es importante tomar en cuenta que la manifestación que hizo la imputada en presencia de uno de los agentes policiales [...] al momento de su captura, es una incriminación directa contra el coimputado [...]; y por el hecho de que dicha información fue inmediata y objetivamente confirmada por los agentes captores al haberse desplazado al lugar indicado por la imputada y haber encontrado al relacionado imputado, dejó de ser una simple manifestación verbal incriminatoria, convirtiéndose en prueba sólida objetivada desde el momento que aparece corroborada por el testigo clave “Urano” quien se encontraba en el lugar y escuchó cuando [...] hablaba por teléfono y decía que por el puente lo dejara, siendo un testigo independiente del ente policial de quien además, no constan

indicios dentro del proceso que hicieran sospechar de su testimonio, y por tanto, si bien la manifestación espontánea hecha por la imputada no reúne los requisitos legales para ser apreciada como una confesión extrajudicial por las razones que se han explicado antes, es innegable que se trata de un dato cuya utilización es válida para confirmar la legitimidad de la condena en su contra por haber sido suficientemente corroborada por otras pruebas independientes."
*Sala de lo Penal, número de referencia: 241C2016, fecha de la resolución: 13/10/2016*

## CONGRUENCIA ENTRE LA SENTENCIA, LA ACUSACIÓN Y EL AUTO DE APERTURA A JUICIO

MODIFICACIÓN DE LA NOMENCLATURA EMPLEADA PARA IDENTIFICAR LAS CONDUCTAS ILÍCITAS NO PRODUCE AFECTACIÓN

**"Número 5.** Procede abordar los motivos admitidos al licenciado [...], defensor particular del sindicado [...], estando referido el primero a la infracción de las reglas de la congruencia.

**5.1.-** En lo esencial, el gestionante hace residir el vicio denunciado, en la variación de los hechos que a su entender incurrió la Cámara, respecto al tipo de Tráfico Ilícito Internacional. Para el gestionante, esto ha redundado en limitar el derecho de sus defendidos a conocer con precisión cuáles eran las acciones de que se le acusa.

El postulante indica que la tarea de contrastar la congruencia procesal entre acusación y sentencia es *"ardua"* en el asunto en discusión, debido al volumen de folios de la sentencia de primer grado, así como al elevad número de piezas de la causa que fue identificada por el Tribunal de Sentencia bajo la referencia 170-3-2015 . Pese a esta advertencia, transcribe por completo los pasajes de la sentencia definitiva del tribunal de primera instancia en los que a su vez se plasmaron los hechos que fueron objeto de acusación por la agencia fiscal y que constan en el auto de apertura a juicio, ordenados mediante acápites o subtítulos que el licenciado [...] expresa que totalizan ciento ocho acápites.

A continuación, alude al alegato inicial en vista pública del agente fiscal [...], en el que supuestamente mencionó quince hechos, que a su entender, no eran totalmente coincidentes con los fijados en la acusación. Luego, asegura que el tribunal de primera instancia, al pronunciar sentencia sostuvo que solamente iba conocer de siete "casos" o hechos puntuales, identificándolos por el lugar y fecha en que se realizaron las incautaciones, así como las cantidades de dinero o droga que fueron detectadas en cada ocasión, variando así lo establecido en la acusación.

Finalmente, la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, a su entender, volvió a modificar los hechos, *al "condenar"* por cuatro "casos" enunciándolos de manera distinta, lo que para el quejoso implica una variación de lo establecido en la base fáctica acusada, sorprendiendo con hechos distintos de los diversos acápites contenidos en la acusación y auto de apertura a juicio.

En ese orden, el recurrente enumera los cuatro casos de acuerdo a la nomenclatura empleada por la Cámara:

"i) *5 kilos de cocaína transportados en Nicaragua- por* el *delito de COMERCIO, TRÁFICO Y ALMACENAMIENTO ILÍCITO DE DROGAS, DE CONFORMIDAD AL ARTÍCULO 36 DE LA LRARD DEROGADA, en perjuicio de la Salud Pública"* (sic).

*ii) caso 366 kilos de Cocaína en Costa Rica-, por el delito de TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS de conformidad al artículo 33 de la LRARD, en perjuicio de la Salud Pública (sic).*

*iii) por el caso Upala Costa Rica 78 Kilos de Cocaína-por el delito de TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS de conformidad al artículo 33 de la LRARD, en perjuicio de la Salud Pública (sic).*

*iv) Caso 1 Kilo de Cocaína en El Salvador- por el delito de TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS de conformidad al artículo 33 de la LRARD, en perjuicio de la Salud Pública (sic)"*

La incongruencia que atribuye a la Cámara seccional consiste en haber variado la Identificación" de los hechos ilícitos respecto a la acusación y a la sentencia de primera instancia.

Por cierto, en la primera imputación de Tráfico Ilícito Internacional enumerada por la Cámara, se emitió un pronunciamiento absolutorio a los procesados debido a la prescripción de la acción penal, por lo que resulta inoficioso hacer mayores consideraciones sobre esa imputación en particular; de ahí que solamente se verificará si concurre el supuesto error en los casos identificados como "ii), iii) y iv)", en los que se confirmó en alzada la condena impuesta en primera instancia.

**5.2.-** Uno de los requisitos internos de carácter esencial de las sentencias penales es la congruencia. De manera preliminar, cabe indicar que dicho instituto consiste en: *"El principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el Juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes"* (Sentencia de casación Ref. 3C2015, de fecha 22/06/2015).

Esta directriz procesal tiene diversas expresiones en las etapas del enjuiciamiento, así en primera instancia se exterioriza en la concordancia que debe guardarse entre la acusación y la sentencia definitiva; mientras que en la segunda instancia implica que las decisiones que resuelve la apelación deben ser acordes con las materias que son el objeto del recurso, sin exceder de lo pedido, ni omitir pronunciarse sobre alguno de los puntos reclamados.

Así lo ha sostenido esta Sala en decisiones anteriores en tomo a la congruencia al expresar: *"esta regla implica por un lado que el juez no puede ir más allá del petitorio, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido citados por las partes, y por otro, la obligación de los sentenciadores de pronunciarse en relación con los puntos controvertidos, así como la respuesta que debe confeccionar a todas las alegaciones efectuadas por las partes en sus medios impugnaticios. En ese sentido, es indispensable que exista congruencia entre la pretensión u objeto del proceso y la sentencia; esto es, que se elabore una específica respuesta a lo argüido, concurriendo de tal manera una identidad ju-*

*rídica entre el litigio y la decisión"* (Sentencia de casación Ref. 38C2012, dictada el 12/10/2012).

**5.3.-** La Cámara proveyente abordó el tema de la congruencia entre acusación, auto de apertura a juicio y sentencia de primera instancia, en las Consideraciones 225 a 262 de la resolución impugnada. En lo medular, determinó que existía coincidencia esencial entre hechos acusados y probados en el proveído del Tribunal de Sentencia, pese a la complejidad generada por la vasta extensión temporal y espacial del cuadro fáctico que impide una "simetría absoluta" o "matemática"; por lo que el tribunal de primer grado acertadamente se centró en los aspectos principales y cuestiones nucleares de cada una de las imputaciones formuladas por la agencia fiscal, a las que para efecto de clasificación denominó como "casos" bajo orden correlativo del número uno al siete, indicando los pasajes de la sentencia de primera instancia, en la que se habían abordados de manera precisa los fundamentos probatorios y determinación fáctica relativos a cada uno de estas imputaciones, sin que la Cámara hubiese modificado la acreditación fáctica de primera instancia, sino verificado que existía y no resultaba sorpresiva frente a los hechos acusados.

**5.4.-** Al revisar el dictamen de acusación se advierte palpablemente que la relación de hechos formulada por la agencia fiscal era notablemente compleja, al hacer referencia a múltiples acontecimientos ocurridos durante un transcurso de tiempo extenso en el territorio de los seis países centroamericanos, en los que intervinieron diversas personas y que sirvieron para contextualizar la pretensión punitiva del Estado. Lógicamente, para el enjuiciamiento de una acusación tan vasta en materia fáctica, era necesario buscar algún criterio de identificación. Por consiguiente, en el dictamen de acusación y en el auto de apertura a juicio se identificó con subtítulos el amplísimo contenido de la relación de hechos. Cabe recordar que no se agota en esa relación de hechos los citados documentos, sino que también abarca otros puntos como la calificación jurídica provisional y la mención de la prueba ofrecida en la acusación y admitida por el juzgador en el respectivo auto.

Por su parte, al ser sometido el asunto a la discusión en el plenario, se comprendió acertadamente la imposibilidad material de abordar hasta el mínimo detalle la relación de hechos acusado, utilizándose la designación de "Casos", para distinguir los hechos principales de dicho relato fáctico, que eran aquellos en los que se había producido la incautación de droga o grandes cantidades de dinero, y a su vez, se hallaban sustentados de acuerdo a la prueba admitida, no solamente en testimonios, sino también en información obtenida por asistencias jurídicas internacionales remitidas por otros países centroamericanos o certificaciones de procesos judiciales desarrollados en el país y otros medios probatorios. Fueron estos casos los que se señalaron en orden correlativo como número uno al siete, con la indicación del lugar donde se realizó la incautación o decomiso.

Desde luego, dado que la Cámara solamente conoció en virtud de la impugnación planteada en tomo a los puntos alegados por las partes y no a la totalidad del material fáctico conocido por el Tribunal de Sentencia, la referida sede judicial cambió la nomenclatura empleada, pero esta modificación no daba lugar a

confusión alguna pues siempre se mantuvo la mención del lugar en que ocurrieron las incautaciones, lo que permite fácilmente contrastarlo con la numeración del Tribunal de Sentencia, como se verá a continuación, sin abordar aquel que declaró prescrito y pronunció una decisión absolutoria.

En primer lugar, la primera imputación por la que la Cámara confirmó condena es identificada como *"ii) caso* 366 *kilos de Cocaína en Costa Rica-, por el delito de TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS",* se refiere evidentemente a aquel que fue designado por el Tribunal de Sentencia como: *"CASO NÚMERO DOS...tiene que ver con el decomiso de 366 kilos de cocaína, ocurridos el día dieciséis de enero del año dos mil ocho, a las ocho horas diez minutos, en Limón, Penshurt, cerca de las Villas Calina" (sic);* se encuentra abordado en la sentencia de primera instancia delimitando los fundamentos intelectivos que se refiere al mismo, de Fs. 48,088 a Fs. 48,091, pieza 241, y descrito esencialmente en el auto de apertura a juicio, de Fs. 44,449 a Fs. 44,451, pieza 222 del expediente principal, bajo el subtítulo "DECOMISO *DE TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS KILOS DE COCAÍNA DE [...] EN COSTA RICA" (sic).*

A su vez, el hecho que la Cámara designa de la siguiente manera: *"iii) por el caso Upala Costa Rica 78 Kilos de Cocaína- por el delito de TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS",* se refiere a aquel que fue designado por el Tribunal de Sentencia como: *"CASO NÚMERO TRES...tiene que ver con el decomiso de 78 kilos decomisaron a un miembro de la estructura del señor [...], en San José Upala, el día once de agosto del año dos mil nueve"* (sic); es claro que se refiere al que se encuentra analizado en la sentencia de primera instancia delimitando los fundamentos intelectivos que se refieren al mismo, de Fs. 48,091 a Fs. 48,094, pieza 241, y descrito esencialmente en el auto de apertura a juicio, de Fs. 44,469 a Fs. 44,472, pieza 222 del expediente principal, bajo el subtítulo *"DECOMISO DE SETENTA Y* OCHO *KILOS DE COCAÍNA EN COSTA RICA" (sic).*

En lo concerniente al hecho que la Cámara designa: *"iv) Caso* 1 Kilo *de Cocaína en El Salvador- por el delito de TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS",* es claro que se refiere a aquel que fue designado por el Tribunal de Sentencia como: "CASO NÚMERO CINCO...tiene que ver con la incautación y decomiso de UN KILO DE COCAÍNA y la de la detención de [...], hechos ocurridos en el mes de julio del año dos mil once, en la Gasolinera ESSO que está en Carretera San Juan Opico" (sic). Ha sido analizado en la sentencia de primera instancia delimitando los fundamentos intelectivos que se refieren al mismo, de Fs. 48,098 a Fs. 48,103, pieza 241, y descrito esencialmente en el auto de apertura a juicio, de Fs. 44,481 a Fs. 44,484, pieza 222 del expediente principal, bajo el subtítulo: *"DETENCIÓN DE […], Y OTROS Y DECOMISO DE UN KILO DE DROGA COCAÍNA" (sic).*

*Y* cabe mencionar, que en ningún momento, la Cámara modifica los hechos probados de primera instancia, en torno a cada uno de estos "casos", sino que se trata simplemente de una modificación de la nomenclatura empleada para identificar tales conductas ilícitas en el fallo de la Cámara, con un evidente propósito aclaratorio pues en tal parte resolutiva de la sentencia de alzada, se confirmaron ciertas condenas y otras no, lo cual no altera en modo sustancial las circunstancias fácticas establecidas en el proveído de primera instancia en tomo a cada

una las imputaciones enlistadas, más bien, viene a configurar una variación de estilo que no genera afectación alguna a las reglas de congruencia entre acusación y sentencia. Por lo apuntado, el motivo argüido por el licenciado [...] debe decaer, manteniéndose incólume lo decidido en segunda instancia."

CONFIGURACIÓN DE UNO DE LOS SUPUESTOS EXCEPCIONALES DE EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL

**"Número 6.-** El único aspecto de queja admitido del segundo motivo casacional planteado por el licenciado [...], se refiere a la violación de la garantía de juez natural y a los principios de territorialidad y legalidad, refutando que se pueda condenar por hechos ocurridos en Costa Rica.

**6.1.-** En lo medular, el licenciado [....] hace residir este defecto, en la circunstancia que dos de los casos en los que se confirmó la condena de sus representados por el delito de Tráfico Ilícito Internacional, ocurrieron en el territorio de la República de Costa Rica, en "Limón, Penshurt" (Incautación de 366 kilos de cocaína) y "San José Upala" (Incautación de 78 kilos de cocaína), lugares donde a su entender, no rige la ley penal salvadoreña y por lo tanto, tales ilícitos no pueden ser juzgados por los tribunales de nuestro país, conforme al Art. 8 Pn. y 2 Pr. Pn.

La comisión del hecho punible en los ámbitos de aplicación de la ley salvadoreña, es uno de los presupuestos esenciales para el ejercicio válido de la acción penal. Por ello, de no estar sustentado en los principios previstos en los Arts. 8, 9, 10 y 12 del Código Penal, se estaría ante el ejercicio excesivo del poder punitivo del Estado, lo que devendría en una nulidad absoluta de la declaratoria de responsabilidad penal contra los procesados.

**6.2.-** Este punto fue planteado en apelación por el licenciado [...], habiendo sido respondido por el tribunal de alzada, en las Consideraciones 284 a 287. En lo esencial, dicen los Magistrados de alzada, que en la relación de hechos se alude a algunos sucesos ocurridos fuera del espacio territorial de El Salvador, pero ella deriva del carácter "gradual" y "fragmentado" de la actividad de narcotráfico. Además, aunque hubo actos en el extranjero, no solamente en Costa Rica, sino en los restantes países centroamericanos éstos se encontraban concatenados con la actividad delictiva realizada en el territorio nacional.

Por otra parte, el colegiado de apelación sostiene que en la parte final del Art. 33 LRARD se encuentra previsto el delito denominado Tráfico Ilícito Internacional, cuyo supuesto fáctico es que se utilice el territorio del país como "Estado de tránsito" o "lugar de importación o exportación" en el proceso de circulación de las drogas ilícitas a nivel internacional. En estos supuestos, las conductas criminales se ejecutan en diversos países como ilicitudes de "tracto sucesivo", por lo que pueden ser juzgadas por cualquiera de los Estados involucrados, sin vulnerar la garantía de juez natural.

**6.3.-** Inicialmente, es conveniente aludir a los alcances del principio de territorialidad y su relación con la garantía del juez natural.

El principio de territorialidad de la ley penal es la primera, aunque no la única, de las directrices que disciplinan el ejercicio del poder punitivo del Estado

en el ámbito especial. En nuestro ordenamiento se haya consagrado en el Arta 8 Pn. En su origen, se vincula al concepto de soberanía nacional e implica la posibilidad de sancionar las infracciones penales cometidas en el territorio del Estado que se trate.

En ese orden, se sostiene en reflexiones doctrinarias que esta sede comparte: "En este marco espacial de triple expresión —terrestre, marítimo y aéreo— la autoridad estatal monopoliza, en principio, todos los poderes sobre las personas —nacionales o extranjeros—, actos y cosas que allí se sitúan, legislando, juzgando y ejecutando los dictados de su ordenamiento...Los caracteres de exclusividad y plenitud de la soberanía de los Estados justifican la preeminencia del principio de la territorialidad en materia de jurisdicción penal del Estado" (SALINAS BURGOS, H., "El Principio de Jurisdicción Internacional: ¿Lex Lata o Lex Desiderata?", en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, V. 34, N° 1, abril de 2007, P. 108). No obstante, desde el asunto Lotus, resuelto por la Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya en 1927, se ha establecido la libertad de los Estados en ejercer su jurisdicción respecto de actos ocurridos más allá de su territorio, cuando el Derecho Internacional no haya establecido una regla prohibitiva, aunque el desarrollo posterior de esta doctrina ha tendido a establecer el carácter excepcional del ejercicio extraterritorial de la jurisdicción *(Ibídem).*

Como complemento del principio de territorialidad, se reconocen los principios de nacionalidad y universalidad. Respecto al principio personal o de nacionalidad, cabe mencionar que en nuestro país ha sido configurado de manera amplia respecto a otros ordenamientos jurídicos que lo restringen a nacionales que representan al Estado en el exterior; por el contrario, el Art. 9 literal b) Pn., permite aplicar la ley penal salvadoreña a los delitos cometidos por un nacional en el extranjero o en lugares no sometidos a la jurisdicción particular de un Estado. No obstante, esta disposición debe ser interpretada en sentido restringido, para no invadir las potestades de otros Estados, comprendiéndola como una cláusula residual contra la impunidad que permite al Estado salvadoreño, sancionar a los nacionales que incurren en hechos delictivos graves de orden transnacional.

En cuanto al principio de universalidad, previsto en el Art. 10 del Código Penal, implica la posibilidad legítima que el Estado ejerza jurisdicción respecto a delitos que atenten contra bienes jurídicos protegidos en instrumentos internacionales, cualquiera sea el lugar de su comisión. La aplicación de este principio es indiscutido respecto a delitos de particular trascendencia internacional como el genocidio y la violación de las leyes y costumbres de la guerra, pero también se ha venido extendiendo a otros ilícitos usualmente cometidos bajo la modalidad de crimen organizado transnacional, como el tráfico de estupefacientes, la trata de personas y la financiación del terrorismo, a tenor de las convenciones que regulan estas figuras.

Los principios que se han venido explicando se complementan con la regla establecida en el inciso tercero del Art. 12 Pn., que fija como ámbito espacial de realización del hecho delictivo, tanto el lugar donde se ejecutó efectivamente la actividad delictuosa, como el lugar *"donde se produjo o debió producirse el resultado o sus efectos".*

No resulta difícil inferir que el conocimiento de una determinada causa por un tribunal que no tiene jurisdicción, por no estar abarcada una situación fáctica en ninguna de los principios explicados devendría en inobservancia de la garantía del juez natural, cuya esencia, es la existencia de un juez predeterminado por la ley.

**6.4.-** Lleva razón el tribunal de alzada, cuando afirma que los hechos acusados y acreditados en la presente causa ejemplifican el carácter *"fragmentado"* del delito de Tráfico Ilícito Internacional. Repárese que es un hecho ampliamente conocido por los principales centros de procesamiento de cocaína se encuentra en Colombia, y desde allí, la sustancia prohibida es trasladada por redes criminales haciendo escalas en los países centroamericanos en su traslado hacia su destino final: las grandes ciudades de los Estados Unidos, principal país consumidor (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "Cocaína desde Suramérica hasta Estados Unidos", 2012, P. 32-44, disponibleen:https://www.unodc.org/documents/toc/Reports/TOCTASouthAmerica/Spanish/TOCTACA Caribb cocaína S A US ES.pdf, consultado el 6 de septiembre de 2016). Se trata entonces de un ilícito que se va desarrollando en el territorio de diversos países y requiere un aparato logístico y económico muy amplio.

La interpretación sistemática de los Arts. 3 Párrafo 1 Literal a) y 4 Párrafo 2 Literal b) de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988), de la cual El Salvador es Estado Parte, establece la permisión de adoptar normas legales para que el Estado tenga competencia de juzgar los delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando éstos se cometan *"con miras a perpetrar* una actividad de narcotráfico en el territorio nacional; precisamente, esto ocurre cuando se realizan actos de tráfico ilícito en Costa Rica u otro país centroamericano, con miras a realizar un delito en el territorio nacional.

Aunado a ello, de acuerdo al marco fáctico probado, la estructura delictiva dedicada al tráfico internacional de drogas, utilizaba todas las naciones del istmo centroamericano como escalas para el transporte de la sustancia prohibida, de modo que cada país iba a ser "Estado de tránsito", tal como se contempla en el Art. 33 LRARD, aspecto que fue resaltado por la Cámara y también ha sido explicado el Tribunal de Sentencia en la motivación jurídica del respectivo proveído de primer grado (Fs. 48,212, pieza 242). Además, en esta última decisión se ha establecido que El Salvador no solo iba a ser uno de los territorios a los que droga ilícita ingresaría en tránsito, sino también era el lugar desde donde se dirigían las operaciones de transportación internacional de cocaína en las que participaron los imputados (Fs. 48, 218, pieza 242), por lo que era en el territorio nacional donde se esperaba que surtiera efecto el hecho delictivo, lo que tiene innegable relación con la regla de la ubicuidad.

Entonces, aun cuando los dos casos que menciona el licenciado [...] ocurrieron efectivamente en localidades del territorio costarricense, espacio físico donde por regla general no opera la ley penal salvadoreña; en este caso se configura uno de los supuestos excepcionales de extraterritorialidad de la ley penal; y es que no puede desligarse las operaciones de transporte que fueron descubiertas por la labor policial en localidades de Costa Rica, y que de acuerdo a los hechos

probados eran denominados “accidentes”, con el plan delictivo general del que formaban parte y que básicamente consistía en desplazar la sustancia prohibida desde Panamá, en los diferentes países de la región centroamericana, incluyendo nuestro país, y finalmente entregarla en Guatemala a otras redes criminales.

Por ello, resulta infundado sostener que las operaciones de tráfico ilícito internacional detectadas en Costa Rica, son ajenas al ámbito de aplicación de la ley penal salvadoreña en el espacio, ya que, al analizar la plataforma de hechos acreditados, estos hechos estaban vinculados a un plan delictivo mayor, dirigido desde el territorio nacional y cuyo objetivo último era desplazar la droga ilícita desde Panamá hasta Guatemala, ingresando a cada país como “Estado de tránsito” en el marco del ciclo económico de la droga. , Consiguientemente, el reclamo del licenciado [...] habrá de ser desestimado.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 149C2016, fecha de la resolución: 28/10/2016*

## CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

AUSENCIA DE VULNERACIÓN A LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA CUANDO LAS CONCLUSIONES DEVIENEN DEL INFORME TÉCNICO DE LA GERENCIA DE CUMPLIMIENTO AMBIENTAL DEL MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES

“La petición efectuada en su recurso el apoderado general judicial aduce como vicio de casación: la errónea aplicación del Art. 179 Pr.Pn., por infracción a las reglas de la sana crítica con respecto a medios o elementos probatorios de carácter decisivo.

En los argumentos del único motivo alegado, el recurrente señala, que la cámara consideró que los hechos atribuidos al procesado son atípicos; infringiendo de esa manera -según su opinión- las máximas de la experiencia, pues, está establecido por la experiencia misma que el polvillo que producen los cortes de mármol y granito son perjudiciales para la salud, por lo que, en el presente caso, los cortes de material pétreo que se realizan en el negocio denominado CURE, que generan una gran cantidad de partículas de polvo, son necesariamente perjudiciales y constituyen un peligro grave para la salud de los que habitan o están cerca.

En segundo lugar, aduce que se ha violentado la ley lógica de derivación y el principio de razón suficiente en la valoración de las pruebas, ya que el informe técnico del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, a que se hace referencia en la resolución impugnada, no descarta un grave peligro para la salud o calidad de vida de las personas, pues lo que se reconoce es que la actividad es contaminante; y, en el referido informe técnico, se están proponiendo medidas para que el imputado no continúe con dicha actividad. Por lo que no puede negarse que la acción antes ejecutada haya puesto en grave peligro la calidad de vida de su representado, su grupo familiar y los demás habitantes de la zona.

Finalmente, agrega el solicitante, que si se hubiera analizado de manera integral el ofrecimiento de prueba realizado por la representación fiscal, sin duda hubiera ordenado que el proceso transitara a la siguiente etapa, ya que de las inspecciones realizadas por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, la Alcaldía Municipal de San Salvador y la practicada por el agente [...], se obtiene la probabilidad positiva de que al momento en que se presentó la denuncia, la afectación del medio ambiente era de la gravedad que señala el Art. 255 Pr.Pn.

Esta Sala considera que el motivo debe desestimarse por las razones que a continuación se exponen:

En relación a lo denunciado consta en la sentencia de la Cámara: "... *al verificar los elementos de convicción (...) se observa que, la técnico de la Gerencia de Cumplimiento Ambiental, del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, (...) en su inspección determinó que la generación de material particulado a partir de la ejecución de la actividad de corte de mármol y granito,* **es poco *significativa.*** *La inspección realizada por la especialista (...) no determina que exista algún nivel de contaminación o impacto ambiental (...)* ***no se cuenta con un dictamen técnico*** *que indique que el material residual que emana de la actividad de corte y pulido (...) genere (o pueda hacerlo)* ***contaminación de la superficie o el ambiente,*** *y/o que afecte la salud.*

*Asimismo indica el tribunal de alzada: "...según informa* la Doctora [...], coordinadora *general de la Clínica Forense (...) el señor [...], no se presentó a la práctica del reconocimiento de salud (...) no teniéndose evidencia alguna de afectación en la salud de éste.*

*Por último concluye: "...esta Cámara considera que no se ha determinado que la conducta realizada en la actividad comercial de la empresa CUBE (...) tenga relevancia penal de conformidad al delito de Contaminación Ambiental, pues no se ha establecido que esa emisión sea idónea para afectar o poner en peligro los bienes jurídicos protegidos por la norma (...) los hechos no pueden ser subsumidos en el referido tipo penal y consecuentemente tampoco en su modalidad culposa.* (Sic).

En cuanto al primer punto, en el que el impetrante pretende hacerle ver a este Tribunal que se constituye como una máxima de la experiencia que "el *polvillo que producen los cortes de mármol y granito son perjudiciales para la salud",* tal situación no puede considerarse de forma automática, dado que las máximas de la experiencia hacen referencia a condiciones o verdades indiscutibles que son perceptibles naturalmente, por ende, no debe tomarse dicha afirmación como un hecho evidente que ha de estar exento de prueba, ni como una verdad absoluta que tenga el Juzgador que darla como cierta, ya que no se conforma como un hecho normal en oposición a todo aquello excepcional, pues no son de los que comúnmente acontecen como una consecuencia habitualmente natural.

En esa dirección, lo afirmado por la Cámara, relativo a que los hechos acusados no son penalmente relevantes a efecto de poner en grave riesgo el bien jurídico tutelado por la norma por estimar que esa emisión no es idónea para afectarlo, no se constituye como contradictorio a lo que considera el impetrante como una verdad cierta, ya que la conclusión de la Cámara deviene del informe técnico de la Gerencia de Cumplimiento Ambiental del Ministerio de Medio

Ambiente y Recursos Naturales, el cual permite alcanzar un grado de convicción que se vuelve válido para adoptar tal deducción; razón por la que en este aspecto carece de fundamento lo aducido por el recurrente."

REQUISITOS DEL TIPO PENAL

"Asimismo, es importante detallar los requisitos del tipo penal de Contaminación Ambiental, ya que en la configuración del mismo, el legislador establece tres requisitos fundamentales: en primer lugar, describe de forma detallada la conducta que puede perjudicar el medio ambiente, Art. 255 Pn. *"El que provocare o realizare directa o indirectamente, emisiones, radiaciones, o vertidos de cualquier naturaleza en el suelo, atmósfera, aguas terrestres superficiales, subterráneas o marítimas en contravención a las leyes y reglamentos respectivos y que pusiere en peligro grave la salud o calidad de vida de las personas o el equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente..."; en segundo lugar, utiliza la técnica de leyes penales en blanco, pues, remite a la ley administrativa para determinar los parámetros que preservan el medio ambiente, sin hacer depender su tipicidad de que la acción constituya una infracción a la normativa administrativa del respectivo ámbito en el que se realiza, y, por último, exige que la conducta ponga en peligro grave la salud o calidad de vida de las personas o el equilibrio de los sistemas ecológicos o del Medio Ambiente.*

El peligro exigido es de carácter concreto en contraposición a los delitos de lesión o de peligro abstracto, pero también ha de ser grave, en el sentido que éste sea relevante, importante o de notoria intensidad, la determinación de la gravedad del peligro se hará conforme a un juicio de valor eminentemente circunstancial que habrá de ser ponderado conforme a las circunstancias concurrentes y las distintas pruebas que desfilaron *en* juicio, con especial atención en las de carácter pericial. Asimismo, sólo *serán* típicas las conductas en su modalidad dolosa como en lo que se refiere a la imprudente."

ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA ANTE LA FALTA DE EVIDENCIA SOBRE PONER EN RIESGO LA VIDA O LA SALUD DE LAS PERSONAS

"En el caso de autos, tal y como ya se indicó, el delito no se configura; pues, el tipo de peligro y gravedad requeridos no son deducibles de los distintos medios de prueba aportados para considerar el riesgo provocado al bien jurídico protegido, dado que se ha establecido que las emisiones de partículas fueron poco significativas; por ende, el detrimento a la salud alegado por parte de las víctimas no fue posible comprobarlo, en tal sentido, el peligro grave que propugna el tipo, debió haberse acreditado, además de los informes de inspección, con los exámenes médicos a los afectados.

Esta Sala no omite reconocer que puede existir cierta actividad contaminante por los trabajos de la empresa CUBE, sin embargo, no fue posible evidenciar que dicha injerencia tenga un nivel tal, que ponga en grave riesgo la vida o la salud de las personas; lo cual era un elemento importante a considerar para la relevancia penal de la conducta del imputado, y al no haberse acreditado este extremo devino en atípico su comportamiento."

AUSENCIA DE INDICIOS SOBRE LA EXISTENCIA DE UN GRAVE PELIGRO PARA LA SALUD Y EL MEDIO AMBIENTE

"Sobre el segundo punto denunciado, que atiende a que se ha violentado la ley lógica de derivación y el principio de razón suficiente en la valoración de la prueba, en virtud que el informe técnico del Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales, no descarta un grave peligro para la salud, debe retomarse que la resolución de la Cámara se estructura sobre la base del conjunto de deducciones emanadas de los elementos de convicción ofertados en la audiencia preliminar y que son, en esencia, la denuncia interpuesta por la víctima, las entrevistas de las señoras [...], el informe técnico ambiental al que se ha hecho referencia, del que determinó que la generación de partículas emanadas por la actividad de corte de granito y mármol es poco significativa.

Además, el informe del inspector en Saneamiento Ambiental de la Unidad de Salud Barrios, que establece que las partículas eran liberadas al ambiente debido que no se contaba con filtro que las capturara, la encuesta realizada por la empresa CUBE de la que se obtiene que: la empresa PRIMMA S.A. de C.V., Hotel Terra Bella y la señora [...], respondieron que no tenían ningún inconveniente en cuanto a la emisión del polvillo en mención; elementos de convicción que permitieron al Tribunal de Segunda Instancia estructurar una serie de conclusiones que, concatenadas entre sí, lo llevaron a mantener la decisión del sobreseimiento definitivo, en razón de que los hechos se vuelven atípicos, al no existir indicios sobre la existencia de un peligro grave para la salud y el Medio Ambiente; por tal circunstancia, no es factible, a efecto de construir convicción judicial, conformarse con un sólo elemento de juicio como lo procura el recurrente, pues, de esa forma, si se estaría quebrantando el principio de razón suficiente que presupone 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".*

Aunado a ello, como ya se dijo, el citado informe técnico ambiental no es determinante para sostener que se haya causado un grave peligro para la salud o el Medio Ambiente, sino, por el contario, manifiesta que la generación de partículas *es* insuficiente; en virtud de lo cual, en este aspecto, tampoco lleva razón el impetrarte."

INSPECCIONES PRACTICADAS POR EL MINISTERIO DE SALUD E INFORME TÉCNICO AMBIENTAL, DETERMINAN LAS CONDICIONES EN QUE SE ENCUENTRA EL LUGAR DONDE SE VERIFICA EL PROCESAMIENTO

"Y sobre el tercer punto, en el que también alega la vulneración de las reglas de la sana crítica, por advertir que de haberse analizado integralmente las inspecciones realizadas por el Ministerio de Salud y Asistencia Social, la Alcaldía Municipal de San Salvador, y la practicada por el agente [...], se hubiera obtenido la probabilidad positiva de que, al momento que se presentó la denuncia, la afectación del medio ambiente era de la gravedad que señala el Art. 255 Pr. Pn.

Del defecto denunciado, debe señalarse que, tal y como se indicó, dichos elementos de convicción sí formaron parte del conjunto de argumentos que sostienen lo resuelto por la Cámara, dado que en los fundamentos de la resolución impugnada se derivó que los hechos acusados no pueden ser subsumidos en la norma penal, ya que con la emisión del polvillo proveniente del corte del material *Supra* indicado, no se ha puesto en peligro grave la salud o el Medio Ambiente, producto de un actuar culposo del procesado; conclusión que fue adoptada por el tribunal de alzada, entre otros, con base en el análisis de las inspecciones practicadas por el Ministerio de Salud, a través de la Unidad de Salud de Ciudad Barrios, el acta elaborada por el agente [...] —con los cuales, a criterio del Tribunal, lo único que se determina son las condiciones en que se encuentra el lugar donde se verifica el procesamiento del granito, mármol y cuarzo- así como con el informe técnico ambiental citado; razón por la cual, es posible concluir que los elementos de convicción que reclama el impugnante no haber sido objeto de valoración, por parte del tribunal de alzada, carece de fundamento."

INCLUSIÓN MENTAL HIPOTÉTICA DE LA INSPECCIÓN REALIZADA POR LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE SAN SALVADOR NO HACE VARIAR LA CONCLUSIÓN

"Es importante aclarar que el impetrante denuncia como elemento de convicción que no fue objeto de ponderación la inspección realizada por la Alcaldía Municipal de San Salvador, lo cual, al ser verificado en el dictamen de acusación presentado por el ente Fiscal, no se vuelve cierto, ya que lo único que consta es una resolución de la alcaldía mediante la cual se absuelve de responsabilidad administrativa a la empresa [...] S. A. de C. V. por poseer el permiso correspondiente para funcionar como establecimiento comercial, y por no habérsele encontrado responsable de ruidos que alteren o perturben la tranquilidad pública; no obstante ello, este elemento no fue objeto de consideración por parte de la Cámara, sin embargo, y, haciendo uso del método de inclusión mental hipotética, la incorporación del mismo en nada haría variar la conclusión adoptada en la resolución judicial, ya que su aporte no busca comprobar un perjuicio en el Medio Ambiente, sino como se dijo, sólo alude a aspectos relativos al procedimiento administrativo llevado a cabo en dicha sede."

IMPOSIBILIDAD DE INCORPORAR NUEVOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN QUE PERMITAN CONFIGURAR EL TIPO PENAL

"Por lo expuesto, y siendo que la fase instructora se tiene por concluida con la presentación del dictamen fiscal, no existe la posibilidad objetiva de incorporar nuevos elementos de convicción que permitan configurar el tipo penal en cuestión, y al no poderse vislumbrar la probabilidad que en la etapa del juicio se acredite la existencia de un peligro grave a la salud o al Medio Ambiente -bienes jurídicos tutelados por la norma penal resulta improcedente casar la resolución de confirmación del sobreseimiento definitivo pronunciada por la Cámara de Segunda Instancia, debiéndose rechazar la pretensión impugnatoria incoada."

VÍCTIMA TIENE EXPEDITO EL DERECHO DE ACUDIR A LA VÍA ADMINISTRATIVA A EFECTO DE ELIMINAR LOS NIVELES DE EMANACIONES PRODUCIDAS

"No obstante lo anterior, es importante aclarar, que sí bien es cierto el Derecho Penal atiende al principio de mínima intervención, pues sólo posibilita sancionar las conductas más graves, porque tal y como se ha manifestado, no basta la infracción de la normativa ambiental para considerar el cometimiento de un delito sino que la conducta ponga en peligro grave la salud de las personas o el Medio Ambiente; de manera que aquellos casos en que se incumpla la citada normativa pero no se aprecie tal peligro, como en el presente caso, dichas conductas podrán ser objeto únicamente de sanciones administrativas, de conformidad con los Arts. 5 y 86 Lit. J) de la Ley del Medio Ambiente en relación al Art. 64 de su Reglamento, quedándole a la víctima expedito el derecho de acudir a la via administrativa a efecto de eliminar los niveles de emanaciones producidos por la empresa CUBE.

En vista que el Art. 91 de la Ley del Medio Ambiente establece que el procedimiento administrativo sancionatorio se iniciará de oficio, por denuncia o aviso ante el Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales, resulta oportuno que la Cámara remitente certifique lo conducente a dicha institución para que tome las medidas pertinentes al caso."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 383-C-2015, fecha de la resolución: 15/07/2016*

## CONTAMINACIÓN AMBIENTAL AGRAVADA

CONSIDERACIONES SOBRE EL TIPO BASE DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

"1) Dentro de los considerandos de la ley de Medio Ambiente, se encuentra que el deterioro acelerado del ambiente está ocasionando graves problemas económicos y sociales, amenazando con daños irreversibles para el bienestar de las presentes y futuras generaciones, lo que hace necesario compatibilizar las necesidades de desarrollo económico y social con el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y proteger al medio ambiente; y, en el artículo 5 define al Medio Ambiente como el sistema de elementos bióticos, abióticos, socioeconómicos, culturales y estéticos que interactúan entre sí, con los individuos y con la comunidad en la que viven, determinando su relación y sobrevivencia, en el tiempo y el espacio. De ahí que, el legislador se ha dado a la tarea de sancionar las conductas lesivas al medio ambiente que son intolerables; elevándolas a la categoría de hechos punibles.

Dentro de los comportamientos prohibidos se encuentran la Contaminación Ambiental y la Contaminación Ambiental Agravada; para comprender el tipo predicable en el caso que ocupa, parece prudente el contextualizarlo con el hecho objeto de imputación, consistente en que la persona jurídica […] realizó actividad industrial de fabricación, fundición y reciclaje de baterías ácido plomo desde el año […]. En la teoría fáctica propuesta en la acusación fiscal, se abordan tópicos

específicos sobre el ilícito punitivo de Contaminación Ambiental y su cualificación, así como las formas en que éstos pueden ser perpetrados, esto con la finalidad de ir abriendo la brecha para solventar los reclamos interpuestos con mayor claridad.

En ese entendido, el tipo básico de Contaminación Ambiental, que en lo que interesa contempla: "El que provocare o realizare (...) emisiones, radiaciones o vertidos (...) en contravención a las leyes y reglamentos respectivos y que pusiere en peligro grave la salud o calidad de vida de las personas o del medio ambiente" (Art. 255 Pn); es un delito común, porque puede ser cometido por cualquier persona, inclusive una jurídica.

Es de peligro concreto; al sancionar las meras acciones prohibidas (provocare o realizare), sin exigir un resultado dañoso y requerir que el comportamiento típico haya colocado ("pusiere") en peligro grave los bienes jurídicos tutelados; es también un delito de resultado, al tener como exigencia para su consumación que la conducta descrita en la norma penal haya puesto en peligro los bienes jurídicos tutelados. Y es que, como se dijo por esta sede de conocimiento el once de agosto de mil novecientos noventa y ocho, en la casación clasificada en ese momento como 56-98, que: "El delito de resultado, se caracteriza porque la sola conducta del procesado no es suficiente para su incriminación, necesita la producción de una determinada consecuencia. (...); de manera que, entre la voluntad manifestada por el sujeto activo del delito y el resultado delictivo de esa conducta, debe existir un nexo causal que tiene su desarrollo dentro del tipo".

No obstante lo anterior; es decir, que se está ante un delito de resultado, por haber empleado el legislador la técnica de prohibición de la conducta a desplegar por el sujeto activo (Se comete el ilícito ejecutando una acción, Art. 19 Pn.); dados los presupuestos fácticos y legales, nada impide que su comisión pueda ser realizada por omisión impropia."

SUPUESTOS ESPECÍFICOS QUE CUALIFICAN LA CONDUCTA AGRAVANTE

"En lo que respecta a la Contaminación Ambiental Agravada, prevista en el Art. 256 del Código Penal que en lo que interesa, dice: "si el hecho se atribuyere a persona jurídica (,..) que funcionare sin el correspondiente permiso ambiental o clandestinamente o haya desobedecido las disposiciones expresas de la autoridad ambiental o suspendiere sus operaciones"; es un Delito Especial Impropio. Es catalogado como especial, en razón que solo aquél sujeto que reúna las particularidades exigidas por la ley puede ser imputado como autor del mismo, e Impropio, por existir una correspondencia con un delito común. Se advierte que además de los componentes que engranan el tipo simple, el legislador le incorpora supuestos específicos que cualifican la conducta agravante.

Los siguientes comportamientos previstos en el dispositivo legal sustantivo en análisis constituyen prohibiciones para una persona jurídica: A) Que funcionare: I) Sin el correspondiente permiso ambiental o, II) Clandestinamente y, B) Que hubiere: 1.- Aportado información falsa o, 2.1- Impedido la inspección u, 2.2- Obstaculizado la inspección. Tales conductas están prefijadas para ser co-

metidas por acción, pero el tipo penal en cita, también contempla una exigencia o mandato de hacer; por lo que, la persona jurídica únicamente comete el delito en este caso si incumple su obligación, incurriendo en una omisión propia, obsérvese, Desobedecer las disposiciones expresas de la autoridad ambiental para: a) Corregir sus operaciones o, b) Suspender sus operaciones."

CONDICIONES PARA QUE AL OMITENTE LE SEA APLICABLE LA FICCIÓN JURÍDICA A LOS ILÍCITOS REALIZADOS EN COMISIÓN POR OMISIÓN

"De tal manera que, para que se tenga por realizada cualquiera de las conductas prohibidas en el tipo penal que ocupa, es necesario que el sujeto activo (Persona jurídica) haya incurrido en la comisión del tipo base por cualquiera de sus dos verbos (provocar o realizar) y poner en grave peligro la salud y calidad de vida de las personas o el equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente y, luego a su vez en uno de los del tipo agravado (funcionar, haber o desobedecer). Según las partes acusadoras, la persona jurídica y tres empleados de ésta, perpetraron el delito de Contaminación Ambiental Agravada por omisión impropia. A tenor de lo que se ha venido desarrollando, es atinente el expresar que tanto el Art. 19 como el Art. 20, ambos del Código Penal, regulan las formas en que pueden ser realizados los hechos punibles sin hacer distingo entre autores y participes; de ahí que, cabe afirmar que hay tanto coautores y participes en los delitos ejecutados por acción como lo hay, con sus debidas matizaciones y restricciones, en los delitos omisivos propios e impropios.

Incardinando la idea precedente, a los ilícitos realizados en comisión por omisión; el Inciso 1° del Art. 20 Pn., establece dos condiciones para que al omitente le sea aplicable la ficción jurídica, 1) El deber objetivo de obrar y, 2) Que la omisión sea equivalente a la producción del resultado; referente al primer de esos requisitos, el inciso 2° del Art. 20 Pn., ilustra a quien incumbe el deber jurídico de obrar, así: I) El que tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia, por ejemplo: padres-hijos, II) Aquél que por su conducta precedente creó el riesgo, verbigracia: Quien tiene un perro agresivo está en la obligación de evitar que ataque y III) El que asumió la responsabilidad de que el resultado no ocurriera, determinó con ello que el riesgo fuere afrontado, como el salvavidas respecto de los vacacionistas en la playa.

En lo que respecta a la segunda condicionante; es decir, que la omisión sea equivalente a la producción del resultado, se traduce en que la pasividad dolosa del sujeto activo sea equiparable a la actuación activa respecto de la consecuencia de su rol; dicho de otra forma, la inactividad posee una relevancia específica y determinante en la sucesión de hechos que se traducen al final en la producción de un escenario subsumible en una infracción penal, al grado que de hacer una inclusión mental hipotética de la conducta esperada el evento probablemente habría tenido un desenlace distinto, que va desde la obstaculización hasta el desvanecimiento del suceso histórico imputado; y por tanto, la omisión debe tener una importancia en el devenir de la escena semejante al comportamiento activo en el cauce de un resultado punible."

REFLEXIONES SOBRE LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN

"Como se ha expuesto previamente, es viable la figura jurídica de la autoría y participación omisivas; en este punto conviene hacer una breve reflexión sobre la coautoría por omisión y, de los partícipes omitentes, que se perfila sucintamente en que se está ante un coautor en la modalidad de omisión impropia, cuando su inacción tiene como consecuencia el hecho descrito en la norma penal como delito; de tal manera que; si al añadir, hipotéticamente y bajo los criterios de imputación objetiva, la acción exigida al garante no habría sucedido el resultado delictivo y, la participación —Instigador o cómplice- en la referida modalidad se configura, cuando la inactividad coadyuva accesoriamente (acelerando, asegurando, facilitando o intensificando) en el hecho punible; de suerte que, al incluir hipotéticamente y bajo los criterios de imputación objetiva, la acción exigida al garante se hubiere previsiblemente obstaculizado la producción del resultado del autor. En fin, es imputable penalmente a todo sujeto, que teniendo el deber jurídico de obrar omite realizar la acción que la norma legal le reclama (Las resultas de su inactividad); es decir, que su posición de garante le exige un determinado comportamiento activo ante el supuesto concreto y su letargo le acarrea consecuencias jurídico punibles.

La Sala de lo Penal ha tenido una línea clara en el recorrido de los lustros, sobre la temática de lo comisión por omisión, como puede observarse en los siguientes proveídos: El día veintitrés de junio de mil novecientos noventa y nueve en el recurso clasificado bajo referencia 44CAS98, la Sala expresó que: "...En el Art. 20 Pn., se prevé la imputación de un resultado dañoso a la persona que en razón de un debe jurídico, tuviere la obligación de actuar a fin de evitar dicho resultado; (...) a ese respecto la doctrina sostiene: "La asunción de un deber de actuar puede provenir de un contrato, por ejemplo, que obliga al sujeto a vigilar la ejecución de unas obras, o del derecho público, como en el caso de funcionario que ha de comprobar si se cumplen las disposiciones relativas a la seguridad en la ejecución de las mismas obras; en tales supuestos es preciso que el sujeto haya efectivamente asumido el puesto de garante a que se obligó, (J. M. Rodríguez Devesa, "Derecho Penal Español"). En consecuencia, es la omisión del deber de actuar lo que origina el resultado, cuando tal resultado era previsible y evitable, según las circunstancias del caso en particular que se juzga...".

A las nueve horas y veintiocho minutos del día once de septiembre de dos mil trece, se pronunció en la casación 10C2013, que: "Los delitos de comisión por omisión o impropios de omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material. Es decir, que la omisión impropia, consiste en imputar un resultado a alguien que se ha limitado a "no hacer", se castiga no la omisión en sí, sino el resultado que se produce como fruto de esa omisión. ---- La comisión por omisión requiere de los siguientes aspectos fundamentales: 1) (...) Que el sujeto no haya hecho lo que se espera de él, (...) éste debe estar en posición de garante (...) las fuentes de las que pueda surgir esta posición, la ley, el contrato y la previa condición de un riesgo-. 2) Que ese no hacer equivalga a un hacer (...) 3) Que si el sujeto en posición de garante hubiese realizado la acción esperada, se hubiera evitado el resultado...".

CONSIDERACIONES SOBRE LA FIGURA JURÍDICA DEL ACTUAR POR OTRO

"Como primer motivo, los impetrantes han interpuesto por separado la errónea aplicación de la normativa sustantiva penal que contempla la cláusula jurídica "Actuar por Otro", prevista en el Art. 38 Pn., relacionándola el Ministerio Público Fiscal con el Art. 8 Pr.Pn., cuyo nema es: "Calidad de Imputado".

Esta Sala considera atinente, el mencionar que la razón que llevó a los legisladores a incorporar la figura jurídica del "Actuar por Otro" en el Código Penal, fue eliminar los espacios de impunidad en los que el actuante bajo el cobijo de la gestión ajena cometía o participaba en un hecho delictivo (Dependiendo del rol que le correspondería al suplido en el evento criminal), que no le era reprochable penalmente por haber cometido el acto en nombre de otro; de manera que en virtud de la cláusula en cita, el actuante responde personalmente por la acción u omisión típica que desplegó en el evento criminal, aunque no esté revestido de las condiciones, cualidades o relaciones del suplido, necesarias para tenerle como sujeto activo del delito."

EXISTE VACÍO ARGUMENTATIVO DEL JUZGADOR PARA LLEGAR A LA ABSOLUCIÓN AL NO VALORAR LA PRUEBA DE FORMA INTEGRAL

"Para dilucidar la problemática que se observa en la motivación sentencial, debe recapitularse sobre los temas propuestos inicialmente; es decir, que el hecho tenido por acreditado por el tribunal sentenciador y que enmarcó en el delito de Contaminación Ambiental Agravada, es un delito especial impropio.

Dentro de los fundamentos sentenciales, el A quo ha sido claro en determinar que existió la infracción penal conforme al evento histórico que ha tenido por acaecido y, que es autor del ilícito la persona jurídica responsable de velar por que sus actividades no pusieran en grave peligro al medio ambiente. También ha sido enfático al sostener que los incoados en el presente caso no ostentan la calidad de coautores, por no contar con la capacidad ni los recursos para realizar la acción requerida o brindar un aporte objetivo en la no realización de la misma; además que la delegación que les había otorgado la Junta Directiva era imperfecta, ya que no contaban con poder de decisión.

A ese respecto, la Sala observa que el A quo no ha valorado la prueba de forma integral, lo cual ha repercutido en forma decisiva en la fundamentación jurídica del caso, principalmente la prueba pericial, inspecciones del Ministerio de Salud y las auditorias del MARN, así como las testimoniales que las corroboran. Sin embargo, aun asumiendo el cuadro fáctico tenido por acreditado por el A quo, y aceptando que a los acusados no se les puede aplicar la cláusula de "actuar por otro", por no haber estado revestidos de las condiciones propias del delegante como para tomar las decisiones que se traducen en la contaminación ambiental delictiva agravada; en el fallo cuestionado también se asevera que los implicados tenían posición de garante frente a las fuentes de riesgo en razón de los cargos que desempeñaban dentro de la empresa.

Frente a este discurso y, los argumentos expuestos en los motivos invocados, se puede afirmar que, en efecto, la controversia planteada por los incon-

formes es que según su apreciación sí es aplicable a los acusados la figura del "actuar por otro" y, el A quo implícitamente la niega; por lo que, esta Sala para resolver el tópico lo analiza paulatinamente de la manera siguiente: Tanto impugnantes como el tribunal sentenciador convergen en que los acusados ostentaban la posición de garante frente a las fuentes de riesgo; sin embargo, el punto estriba en que el A quo sostiene que éstos no tenían codominio funcional del hecho por delegación imperfecta. El escenario delictivo atribuido a los acusados, queda delimitado en que estaban en la obligación de actuar y no lo hicieron; es decir, que omitieron el comportamiento exigido por el cargo asumido dentro de la fábrica.

La posición de garante implica en la omisión impropia (Comisión por omisión) que el sujeto activo del delito se encuentra compelido (por un deber jurídico concreto) a obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. En otras palabras, el A quo ha sostenido que los acusados, por ostentar los cargos reseñados, estaban, conforme sus atribuciones, en el deber de realizar las gestiones pertinentes para impedir un daño penalmente relevante al medio ambiente, pero que sus potestades no alcanzaban para evitar que se realizará la contaminación ambiental, ya que esa decisión era exclusiva de la Junta Directiva de la persona jurídica, excluyéndoles como coautores.

Retomando las ideas precedentes, en el fallo cuestionado se reflejan dos ideas claras: 1) Los incoados tenían posición de garante, 2) Sólo la junta directiva tenía la potestad de ordenar que se realizaran las actividades pertinentes para evitar la contaminación ambiental; A partir de estas premisas, el A quo deduce que los imputados […], por no tener la capacidad de decisión respecto a las actividades pertinentes para evitar la contaminación ambiental no se les puede imputar coautoría por el delito de Contaminación Ambiental Agravada y, en consecuencia, les absuelve. Al dar lectura nuevamente a las líneas que preceden se observa un vacío en el andamiaje argumentativo del juzgador (Salto al vacío) para llegar a la absolución, al obviar los deberes que por sus cargos tenían los incoados antes relacionados como garantes del medio ambiente y demás bienes jurídicos tutelados y, consecuentemente, si las acciones u omisiones de ellos estaban o no al margen de la ley y, en su lugar, esbozan erradamente que ellos no tenían capacidad de decisión por corresponder dicha facultada a la junta directiva.

Para la faena propuesta es indispensable incluir hipotéticamente los deberes a los que estaban sujetos los incoados. Conforme la sentencia objeto de control casacional las funciones de los incoados son:

"El procesado […], fungió como Sub Gerente de Gestión Ambiental (...) tiene como responsabilidad de supervisión directa: la disposición final de los desechos y el análisis de laboratorio; como función y perfil de resultado: velar por la adecuación del plan ambiental; y como funciones específicas: 1.- elaborar presupuestos de gastos para proyectos (...) 2.- Coordinar la ejecución de las actividades proyectadas en el plan de adecuación ambiental (...), supervisando obras como techado de zonas y mejoras de sistema de tratamientos de aguas o realizando cambios a procedimientos de trabajo para cumplir con los requerimientos exigidos por el MARN; 3.- tramitar permiso anual de funcionamiento de la Planta de Baterías ante el Ministerio de Salud, solicitando inspecciones y auditorías a

través de la unidad de salud, y dando cumplimiento a las observaciones emitidas para la obtención del permiso, consta que el cargo tiene responsabilidad por contactos con el Jefe de Infraestructura y Mantenimiento con el propósito de la implementación de los proyectos de adecuación ambiental y que los mismos se han de verificar varias veces por semana". […].

"El procesado […], se desempeñaba como JEFE DE SEGURIDAD E HIGIENE INDUSTRIAL, y que dentro de sus funciones específicas se encontraba la de desarrollar mejoras de procedimientos operacionales y de emergencia para garantizar operaciones seguras y la protección del medio ambiente, (...) tiene responsabilidad por contactos con el Gerente de Producción, con el jefe de Gestión ambiental y con el Gerente de fundición, con el propósito de coordinación del trabajo y tales contactos sean de realizar a diario". […].

"El procesado […] se desempeñaba como Gerente de Fundición (...) dentro de sus funciones específicas se encuentra la de cumplir con las normas ambientales establecidas, haciendo y coordinando análisis periódicos de las operaciones realizadas en la planta de función para evitar en lo posible impacto en el medio ambiente, y la de colaborar en las soluciones desarrollas por la Unidad de Gestión Ambiental para mejorar el desempeño ambiental de la planta de fundición". […].

Son estas las atribuciones y obligaciones que el sentenciador debió evaluar, para determinar si los acusados cumplieron con sus deberes, y en caso negativo, proceder a examinar si sus inactividades coadyuvaron al resultado delictivo, al omitir una acción debida capaz de obstaculizar previsiblemente la realización del ilícito de Contaminación Ambiental Agravada por […]. Sin embargo, dicha labor fue omitida por el tribunal de Juicio dictando, por consiguiente, una sentencia con fundamentos insuficientes para sustentar su decisión.

La falta de motivación delimitada, es de vital importancia para dilucidar la responsabilidad penal de los acusados y, consecuentemente, los aspectos relativos a su forma de intervención en los hechos, así como si será o no aplicable a éstos la cláusula de "actuar por otro"; ésta ausencia de fundamentación, hace imposible el control por este tribunal; sin embargo, si el ejercicio intelectivo puesto en marcha en la sentencia hubiese incluido los aspectos ut supra indicados, se percibe que el fallo probablemente podría haber variado; en consecuencia, se deberá declarar ha lugar este motivo; empero, al haber sostenido los juzgadores que la absolución también obedece a que los acusados se comportaron bajo la creencia que estaban amparados legalmente en su proceder; se debe examinar también la siguiente causal casacional invocada en ambos recursos."

CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE EL ERROR DE PROHIBICIÓN

"3) En ese sentido, el segundo motivo planteado por los impetrantes, se circunscribe en que existe una equivocada aplicación de la figura jurídica del error de prohibición invencible, contemplado en el Art. 28 Pn.

Esta Sala expone que en el Art. 28 del Código Penal, se regula bajo el acápite ERROR INVENCIBLE Y ERROR VENCIBLE, tanto el Error de Tipo como el de Prohibición.

El Error de Tipo a grandes rasgos consiste en que el sujeto activo desconoce la concurrencia de algún elemento objetivo de la norma penal; éste puede clasificarse: 1) Sobre el hecho constitutivo de la infracción penal, 2) Sobre un hecho que cualifica la infracción o sobre una agravante, 3) sobre la persona u objeto, 4) sobre el golpe (aberratio ictus) y, 5) sobre el "Dolus Generalis". El que interesa es el error que recae sobre el hecho constitutivo de la infracción penal, el cual se resume en que el autor ignora que con su proceder comete el delito, el ejemplo clásico de los libros de enseñanza de derecho penal es el cazador que dispara sobre lo que supone es su presa, pero que en realidad se trata de otro cazador; por ello se habla de ausencia de dolo en los supuestos de error invencible y de culpa en los vencibles. Art. 28 Inc. 1 Pn.

El Error de Prohibición se sintetiza en que el sujeto activo está consciente de la conducta que despliega, pero ignora que ese actuar se encuentra prohibido por la norma penal (El autor se ha representado la escena delictiva, sin embargo considera que ésta no se encuentra prohibida); de ahí que, el error invencible exima de la pena y, el vencible la atenúa, Art. 28 Inc. 2° Pn.

La Sala en fallos anteriores se ha referido a la temática que ahora ocupa, entre otros casos, de la manera siguiente:

A las nueve horas cuarenta minutos del día veintiuno de septiembre de dos mil cuatro, en la Casación 19- CAS-2004, que: "...Del contenido normativo del Art. 28 Pn. y de lo que la doctrina enseña a ese respecto, es claro que el error de prohibición es viable de suscitarse en tres supuestos concretos: a) Cuando el sujeto desconoce la existencia de la norma prohibitiva (error directo); b) la falsa creencia de ostentar una autorización o permisión normativa; y, c) el sujeto obra en la creencia errónea de una causa de justificación inexistente (error indirecto de estos dos últimos)...".

En la casación 240-CAS-2009, a las diez horas del día tres de mayo del año dos mil doce, se 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, el día seis de mayo del años dos mil once, en la casación 441-CAS-2009, se manifestó que: "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 e concreto se da una causa de justificación que lo permite"."

PROCEDENTE ANULAR SENTENCIA ABSOLUTORIA CUANDO EL A-QUO OMITE JUSTIFICAR LAS RAZONES QUE LE LLEVARON A CONCEBIR QUE LOS ACUSADOS ACTUARAN BAJO UN ERROR DE PROHIBICIÓN

"Visto el panorama que precede, esta Sala encuentra que el A quo fue omiso en la justificación de las razones que le llevaron a concebir que los acusados actuaron bajo un error de prohibición; al limitarse a darle la razón a la defensa técnica, sin entrar a valorar el resto de los elementos probatorios que le sirvieron para tener los hechos acreditados, para determinar si la hipótesis defensoril contaba con la suficiencia probatoria como para arribar a la conclusión que hoy

está en análisis. Sin embargo, debe recordarse que la sentencia es un todo integral y único, por lo que no puede verse aisladamente; de ahí que, no puede obviarse que el tribunal de instancia tuvo por acreditado los daños ambientales derivados:

"(...) de la acción de realizar emanaciones tóxicas hacia la atmósfera, a partir de los desechos y residuos tóxicos expuestos al ambiente, de las provenientes del interior de las plantas de fundiciones y ensamblado de baterías, a través de los extractores de aire, sumadas a las realizadas desde las ocho chimeneas de los hornos, pila, reactores y crisoles de fundición, así como la acción de realizar vertidos de aguas residuales especiales tóxicas hacia el subsuelo y suelo, se constituyen en la causa que origina la contaminación de los cuerpos receptores ambientales, que ponen en peligro los bienes jurídicos tutelados por el tipo penal acusado (...)".

Y, además, los sentenciadores debieron tomar en cuenta que tuvieron por acreditado que los acusados por el rol laboral que desempeñaban en la fábrica de baterías en alusión, ostentaban posición de garantes precisamente para salvaguardar el medio ambiente. Véase: "El procesado […], fungió como Sub Gerente de Gestión Ambiental (...) tiene como responsabilidad de supervisión directa: la disposición final de los desechos y el análisis de laboratorio; (...) y como funciones específicas (…), supervisando obras como techado de zonas y mejoras de sistema de tratamientos de aguas o realizando cambios a procedimientos de trabajos, para cumplir con los requerimientos exigidos por el MARN; (...) consta que el cargo tiene responsabilidad por contactos con el Jefe de Infraestructura y Mantenimiento con el propósito de la implementación de los proyectos de adecuación ambiental y que los mismos se han de verificar varias veces por semana". […].

"El procesado […], se desempeñaba como JEFE DE SEGURIDAD E HIGIENE INDUSTRIAL, y que dentro de sus funciones específicas se encontraba la de desarrollar mejoras de procedimientos operacionales y de emergencia para garantizar operaciones seguras y la protección del medio ambiente, (...) tiene responsabilidad por contactos con el Gerente de Producción, con el jefe de Gestión ambiental y con el Gerente de fundición". […].

"El procesado […] se desempeñaba como Gerente de Fundición (...) dentro de sus funciones específicas se encuentra la de cumplir con las normas ambientales establecidas, (...) coordinando análisis periódicos de las operaciones realizadas en la planta de función para evitar en lo posible impacto en el medio ambiente". […].

Lo anterior, permite afirmar que no es aceptable el argumento judicial que los procesados continuaron laborando bajo la percepción que la planta no constituía una fuente de riegos al medio ambiente; por cuanto, poseían el conocimiento especializado y de campo, para comprender y dimensionar el daño ambiental que se estaba generando y, que la actuación o pasividad del ente controlador de la salud medioambiental, no facultaba a la fábrica en que laboraban a seguir produciendo el mismo daño al ecosistema. En otras palabras, no es aceptable desde ningún punto de vista el asumir que los procesados omitieron bajo la creencia —error de prohibición- que la fábrica de baterías estaba autorizada para verter,

emanar, sustancias tóxicas, en fin, contaminar el medio ambiente en la cantidad y concentración en la que lo hizo y, que los ahora acusados asumieron que, a pesar de su posición de garantes, les estaba permitido permanecer inertes e indiferentes ante ese daño ambiental.

En consecuencia, debe estimarse la pretensión de los casacionistas en los términos señalados por esta sede de conocimiento y, al ser relevante el defecto encontrado que está íntimamente ligado con el ha lugar del motivo precedente, juntos tienen la fuerza suficiente como para justificar la anulación del fallo venido a casación; siendo por consiguiente superfluo entrar a conocer sobre la restante causal casacional invocada por la parte querellante. Y no siendo posible enmendar directamente los vicios encontrados en el fallo estudiado; por implicar valoración probatoria, deberá anularse la sentencia absolutoria que ocupa y, remitirla a otro Tribunal de Sentencia para que conozca en juicio de reenvío y dicte el fallo correspondiente."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 22CAS2015, fecha de la resolución: 31/10/2016*

## CONTRABANDO DE MERCADERÍAS

VALIDEZ DE LA ACTUACIÓN DEL PERITO AUNQUE NO TENGA A SU DISPOSICIÓN LA MERCADERÍA, PERO SÍ LA DOCUMENTACIÓN PERTINENTE DE DONDE EXTRAE LA INFORMACIÓN

"Inobservancia del Art. 362 No. 3 en relación con el Art. 162 Pr. Pn, y Art. 16 Inc. último de la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, ya que estima que el A quo valoró prueba impertinente e ilegal, como lo es la declaración de la Contador Vista [...], ya que nunca tuvo a la vista la mercancía objeto del contrabando; asimismo, manifestó no recordar si fue juramentada.

En atención a lo señalado por el impetrante, su inconformidad radica en invalidar el testimonio porque la deponente no tuvo a la vista la mercadería, tal como lo regula el Art. 16 inciso último de la LESIA, éste determina: " ...En los casos antes mencionados, el acta de adjudicación o de destrucción, constituirá prueba suficiente de la preexistencia de la mercancía objeto del delito, a los efectos de las valoraciones y consideraciones que sobre el particular deban hacerse en la vía judicial o administrativa...".

De acuerdo a lo plasmado por los Juzgadores en la providencia impugnada, contrario a lo afirmado por quien reclama, le otorgaron validez al testimonio de la Contador Vista de aduana, por cuanto, si bien ella indicó que no tuvo materialmente presente la mercadería, sí pudo extraer los datos del memorando […] de fecha […] que contenía la información registrada y establecida en cada una de las actas vehiculares como resultado de las diligencias de investigación policial y que fueron introducidas al juicio, en las que claramente se cuantificaba la cantidad de cilindros de gas llenos y vacíos que salían y entraban por la Frontera San Cristóbal en un punto ciego, determinando la multa de conformidad a los datos que le fueron proporcionados en las referidas actas, de acuerdo a lo establecido

en el Art. 16 de la LESIA, es decir, el proceder de la perito fue válido partiendo de lo regulado en la referida norma, por cuanto, si bien no tuvo a la vista la mercadería, pero sí los documentos pertinentes de los que extrajo la información necesaria, tal como consta en el proceso."

FALTA DE NOMBRAMIENTO Y JURAMENTACIÓN DEL PERITO NO VICIA LA PRUEBA, DADO EL CARÁCTER DE CONFIABILIDAD CUANDO ES REALIZADO POR TÉCNICOS OFICIALES ACREDITADOS

"Por otra parte, con relación al señalamiento que los quejosos efectúan referido a si la Licenciada [...] estaba o no juramentada, cabe aclarar que sus diligencias fueron incorporadas al debate desde el requerimiento fiscal […], igual que en el dictamen de acusación […] e introducido a la vista pública […], sin que existiera oposición alguna de la defensa con relación a su intervención a lo largo del proceso, siendo convalidado en la misma audiencia de vista pública e inmediado respectivamente, por tanto, las partes tuvieron el momento procesal oportuno para pronunciarse sobre el tema, sin que ello se logre evidenciar por esta Sede.

Por último, cabe citar nuestra jurisprudencia, en el sentido, que la analista en comento, es un perito oficial o permanente por ser empleada estatal, que desempeña sus labores en la Aduana Terrestre, a quienes se les dispensa la obligación de ser juramentados para la práctica de un dictamen pericial. Ver resolución número 330-CAS-2008, de fecha veintisiete de agosto del año dos mil diez. En consecuencia, lo alegado por el impugnante se rechaza por carecer de sustento alguno."

CORRECTA ACREDITACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL DELITO Y DE LA PARTICIPACIÓN DELICTUAL DEL PROCESADO

"Recurso de los Licenciados […] indica insuficiente fundamentación de la sentencia por no observarse las reglas de la sana crítica con respecto a medios probatorios de carácter decisivo, Art. 362 No. 4 Pr. Pn., para el que reclama, el problema que se presenta es que el delito calificado no pueda vincularse al procesado, pues en su criterio, los testigos no señalaron al indiciado […] como uno de los autores del delito de Contrabando de Mercaderías e introducen hechos que éste no había indicado.

Al verificar en el fallo objetado, si existe o no el yerro denunciado se observa en las conclusiones del proveído que, si bien hace referencia a la falta de memoria del deponente […] en cuanto a ciertos datos por haber transcurrido más de cuatro años de sucedidos los hechos, también lo es que al momento de cotejar su deposición con las actas del segundo control vehicular […], en la que consta que el imputado […], a las quince horas y cuarenta y seis minutos pasó con rumbo a la Frontera San Cristóbal conduciendo el vehículo placas particulares […] en el que transportaba junto a otros sujetos, cien cilindros todos llenos de gas, […].

En ese sentido, sostuvo el A quo: "...consta específicamente […] que ese vehículo pasó […] a la Frontera San Cristóbal proveniente de Santa Ana que era

conducido por […] identificado con su licencia de conducir número [...], quien se hacía acompañar de dos sujetos no juzgados en esta sentencia, y que transportaban cien cilindros de gas […] todos llenos, presentando factura de crédito fiscal a nombre del mismo conductor, y que a las […] retornó proveniente de la Frontera San Cristóbal con rumbo a Santa Ana, siempre conducido por […] pues fue identificado con su licencia de conducir, acompañado de dos sujetos más, transportaban la cantidad de ciento veintitrés cilindros de gas todos vacíos, del cual se confirmó por el agente [...] que lo observó ingresar a nuestro país por el punto ciego conocido por el portón de tela ciclón....". "...Es así que con el contenido del acta del segundo control vehicular se complementa la versión del testigo [...] sobre las omisiones u olvidos en el nombre del conductor […], información suficiente para vincular al acusado […] en la salida e ingreso de El Salvador a Guatemala y a la inversa por un punto fronterizo no autorizado transportando cilindros de gas propano en ese vehículo...".

De esta forma, consideran los sentenciadores se complementa la versión del referido testigo con relación a las omisiones sobre el nombre del conductor del señalado automotor, y que fueron suficientes para establecer la participación del inculpado en el ilícito atribuido.

Esta Sala estima válidas las conclusiones del A quo, ya que contrario a lo sostenido por el impetrante, en ningún momento introducen circunstancias que no fueran inferidas o confirmadas por las pruebas que fueron inmediadas en su momento procesal oportuno, que llevaron a los Juzgadores a tener certeza suficiente sobre su incriminación en el delito de Contrabando de Mercaderías, por cuanto quedó sin lugar a dudas determinado que el enjuiciado era quien conducía el vehículo en mención portando los cilindros de gas, que como ha quedado comprobado transportaban a través de un punto ciego en las fronteras del territorio Salvadoreño rumbo a Guatemala y viceversa. En consecuencia, su reproche deberá desestimarse."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 87-CAS-2014, fecha de la resolución: 08/01/2016*

## CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIÓN

RESOLUCIONES Y SENTENCIAS NO PUEDEN SER OBJETO DE INAPLICACIÓN, SALVO QUE SE TRATE DE UN ACTO JURÍDICO LESIVO DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

"Como primer motivo el imputado alega la infracción al principio constitucional de seguridad jurídica y principio procesal de cosa juzgada, indicando que sus defensores, vía incidental, solicitaron al tribunal declarar inaplicable la resolución de la Sala de lo Penal, dictada a las diez horas con cinco minutos del día veintinueve de septiembre de dos mil catorce, por medio de la cual anulaba la resolución pronunciada por el Juzgado Tercero de Paz de esta ciudad, y confirmada por la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, por atentar contra el principio de seguridad jurídica, porque las referidas resoluciones ya se

encontraban firmes e investidas bajo la autoridad de cosa juzgada, transgrediendo los Arts. 17 y 85 Cn., pues, desde dicha perspectiva, se retrotrae el proceso hasta esas actuaciones, procediendo a convalidar la orden de registro, allanamiento y secuestro de objetos, base fundamental de la sentencia condenatoria.

Asevera el incoado, que se vulneraron los principios de seguridad jurídica, debido proceso y cosa juzgada; según su criterio la Sala, en aquella ocasión, conoció de la sentencia absolutoria, otorgándole validez a la orden de registro que había sido declarada nula por las instancias competentes, dado que la sanción procesal impuesta no era objeto del debate y el efecto directo que produce la nulidad, es la inexistencia de ese medio probatorio, *"... por lo tanto existe un exceso por parte de la Sala de lo Penal, en su resolución al entrar a conocer de esa decisión que había adquirido el grado de firmeza..."*. (sic). En ese orden, señala el peticionario, que la resolución impugnada, constituye una violación al principio de seguridad jurídica, por cuanto el sentenciador hace suyos, los razonamientos de este tribunal sobre cuya base declaró la nulidad.

La Sala considera que **el motivo debe ser desestimado**, conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

En efecto, en el proveído impugnado consta que durante la audiencia la defensa técnica interpuso como incidente, la inaplicabilidad parcial de la sentencia pronunciada por esta Sede, por medio de la que anulaba la resolución pronunciada por el Juzgado Tercero de Paz de esta ciudad y confirmada por la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, antes relacionadas, en virtud de atentar contra el principio de seguridad jurídica, por cuanto dichas resoluciones ya se encontraban firmes, transgrediendo el Art. 17 Cn., al haberse abierto un proceso fenecido, sin embargo, dicha Sala dictó nulidad sobre nulidad, Art. 185 Cn.

El referido incidente se resolvió desfavorable a la defensa técnica, en tanto que ciertamente las resoluciones adquirieron firmeza, pero esto, a criterio del tribunal, no es sinónimo de procedimiento fenecido, agregando, que es facultad del tribunal superior entrar a examinar las providencias sobre las que se fundamentó el sentenciador, no enmarcándose dicha circunstancia en la prohibición que establece el Art. 17 Cn., a la que hizo alusión la parte solicitante, por lo que la referida sentencia se vuelve no sólo aplicable al presente caso, sino además vinculante y por ello de estricto cumplimiento, no estando por ende, ante el supuesto de aplicación del control difuso de constitucionalidad, Art. 185 Cn., mismo que además se refiere a la inaplicabilidad de disposiciones y leyes, no de sentencias y resoluciones proveídas por otros tribunales.

Esta Sede estima preciso relacionar, que el proceso de inconstitucionalidad previsto en el Art. 183 Cn., está destinado al control concentrado de constitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos; y la atribución del poder-deber que conforme lo regula el Art. 185 Cn.: *"Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los Tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad, de cualquier ley o disposición de otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales",* está referido al control de constitucionalidad difuso que opera para la tutela de los derechos fundamentales, respecto de la interpretación de las disposiciones constitucionales, ante la

inaplicación de normas secundarias por los tribunales de la República, no así para las resoluciones o sentencias.

El citado criterio se encuentra plasmado en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional que establece: *"...Para una mejor comprensión de lo apuntado, es necesario definir que el proceso de inconstitucionalidad tiene como finalidad verificar la confrontación normativa entre las disposiciones impugnadas y las disposiciones constitucionales propuestas como parámetro de control y en caso de que las primeras efectivamente vulneren derechos, principios o garantías consignados en las segundas, emitir un pronunciamiento de carácter general y obligatorio —efectos erga omnes, art. 183 Cn.-. Por otra parte, el control difuso genera sus efectos sobre la aplicación de una disposición o cuerpo legal con respecto a un caso específico juzgado por un tribunal ordinario —efectos inter-partes, art. 185 Cn.- Ambos controles de constitucionalidad no son excluyentes entre si, lo que implica que la interrelación se desarrolla en torno al control abstracto de las disposiciones inaplicadas en un determinado proceso —control concentrado-, con independencia de los efectos que la inaplicación de las disposiciones consideradas inconstitucionales por el Juez en ese proceso —control difuso- puedan haber producido a las partes...".* (sic). Ref.45-2010 de las quince horas y siete minutos del día veintiocho de enero de dos mil once.

Es atinente referir, que esta Sala comparte el criterio emitido por el tribunal de sentencia, al rechazar el incidente planteado por la defensa, por cuanto puntualiza que ciertamente las resoluciones anuladas adquirieron firmeza, pero esto no es sinónimo de procedimiento fenecido; de ahí que la sentencia pronunciada por esta Sede se vuelve no sólo aplicable al presente caso, sino además vinculante y por ende, de estricto cumplimiento y no incurre en la vulneración del principio de seguridad jurídica y principio procesal de cosa juzgada.

Además, no se está ante el supuesto de aplicación del control difuso que se refiere a normas y leyes, porque, por regla general las resoluciones y sentencias no pueden ser objeto de inaplicación; salvo que dicho control se realice conforme los requisitos y supuestos establecidos en el Art. 185 Cn., es decir, debe tratarse de la inaplicabilidad de un acto jurídico lesivo de las disposiciones constitucionales; y en este último supuesto debe limitarse a aquellas decisiones o resoluciones emitidas por una autoridad y que posean la virtud de crear o modificar un conjunto de derechos, obligaciones, atribuciones o competencias, reconocidas a favor de un individuo o de un terminado número de personas. En ese sentido véase la sentencia de Inconstitucionalidad 19-2012 de las quince horas y treinta minutos del día veinticinco de junio de dos mil doce, en la que se declaró inaplicable por inconstitucional la resolución emitida por la Corte Centroamericana de Justicia.

En esa misma dirección, también se exceptúan aquellos actos de autoridad cuya inconstitucionalidad se ha declarado conforme a la competencia de la Sala de lo Constitucional, cuando esta ejerce el control concreto de la constitucionalidad, el cual tiene por finalidad invalidar los actos de aplicación de cualquier naturaleza que resulten lesivos a los derechos fundamentales, independientemente si son realizados por órganos o entes pertenecientes al Estado, o por entidades o individuos particulares posicionados Tácticamente en situaciones de superiori-

dad respecto del perjudicado. (Véase Amparo Ref. 288-2008, de las ocho horas y veintitrés minutos del día catorce de abril de dos mil once).

En vista de lo expuesto, es procedente desestimar el primer motivo invocado por el imputado."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 12-CAS-2015, fecha de la resolución: 07/09/2016*

## DEBER DE CUIDADO EN LAS DISTINTAS FASES DE LA ACTIVIDAD MÉDICA

RESPONSABILIDAD PENAL PARA EL ANESTESIÓLOGO QUE NO SUSPENDE UNA OPERACIÓN ANTE LA AUSENCIA DEL OXÍMETRO DE PULSO

"1.- Advierte la Sala que sólo analizará aquellos argumentos articulados en contra de la parte intelectiva del proveído impugnado; en el primer motivo, los impetrantes refutan el argumento de la Cámara de mérito, considerando 16 en cuanto a sostener, que los apelantes pretendían descargar la responsabilidad en la anestesista, licenciada [...], al haber equivocado los síntomas observados en la paciente y haberle suministrado medicamentos que coadyuvaron a aumentar la crisis en la que se encontraba por los efectos de la anestesia; acusan los impetrantes que del considerando 17 se podía extraer que los magistrados optaron por establecer un régimen de concausas para controvertir el análisis valorativo del punto objetado en la apelación sobre la base de cuatro y confirmar la responsabilidad del imputado: i) Que la anestesia raquídea fue suministrada por el imputado; ii) Después de suministrar la anestesia a la paciente, el imputado abandonó la sala de operaciones, pues cumplía funciones de supervisión en otras salas de operaciones; iii) Que al momento en que la paciente presentó síntomas físicos derivados de la anestesia que había sido suministrada por el imputado, quien no se encontraba en la sala de operaciones; y iv) Que la ausencia del imputado en la sala de operaciones ocasionó que la sintomatología presentada por la víctima tuviera que ser interpretada por la técnico anestesista.

2.- Que el imputado era sabedor de la ausencia del oxímetro de pulso, puesto que ejercía funciones de supervisor de todas las salas de operaciones y que, la sintomatología que la víctima presentó durante la operación fue consecuencia directa de la anestesia raquídea que fue aplicada por el imputado; además, éste no se encontraba en sala de operaciones cuando la paciente presentó la sintomatología, producida por su acción, es decir, la aplicación de la anestesia raquídea.

3.- Razonamiento que los impetrantes cuestionan en los términos que siguen:

*"Ese régimen de concausas no opera en este caso, pues cada quien tiene definida sus atribuciones en las salas de operaciones del Hospital donde fue practicada la cirugía que nos ocupa. Quedó claro en juicio, que la encargada de cada sala de operaciones es el o la técnico y es más, no es el imputado el encargado de suministrar la anestesia a cada paciente sino el o la técnico anes-*

*tesista, pues ellos están capacitados para hacerlo y en efecto lo hacen, llaman al supervisor cuando se les presenta algún problema, como en el presente caso en que la técnico anestesista falló en dos ocasiones o intentos de punciones y al llamado acudió el imputado quien en el segundo intento logró suministrar la anestesia apropiada para la paciente que había sido clasificada como ASA 1, o sea una paciente que no presenta riesgo alguno".*

Refutando los casacionista que: *"El imputado no delegó funciones en la técnico anestesista como lo asegura la Honorable Cámara, sino que ella estaba cumpliendo con sus funciones al tener en observación a la paciente y le suministra sin consultarle previamente al supervisor de salas (imputado), la medicina inapropiada que la puso en crisis total a la paciente con lo cual le produjo paro cardíaco, ya que lo que había experimentado la paciente era una bradicardia y no ansiedad como fue considerada por la técnico anestesista. Quedó probado en juicio que el supervisor después de aplicarle a la paciente la anestesia raquídea se retiró para otra sala donde tenían en observación a una paciente de riesgo, pues él cumplía con sus responsabilidades como supervisor (...)".*

Plantean que, el Ad quem hace ver que su defendido delegó en una persona inexperta la función de observar el desarrollo de la aplicación de la anestesia en la paciente, acusando que no era cierto; que en esa lógica concluyó en confirmar la responsabilidad de su defendido como autor del delito de lesiones culposas.

Señalan los letrados que el principio de identidad de la regla de la lógica se rompe, cuando no corresponde el juicio acusatorio construido por el ente fiscal al atribuir responsabilidad al procesado por la falta del oxímetro de pulso en la sala de operaciones y por haber suministrado la anestesia a la paciente y haberle sometido a la intervención quirúrgica a sabiendas que no funcionaba dicho oxígeno, no necesariamente era él el que incurrió en la negligencia y por ende lo hacía responsable del delito de Lesiones Culposas, cuando en juicio se estableció que no era el acusado el responsable de la existencia del oxímetro en la sala de operaciones, pero que dicho aparato no es indispensable para operar, alegando que se rompió con el principio de contradicción, en razón de que no se podía afirmar un hecho y negarse a la misma vez; señalan que, la acusación afirmó que la falta de oximetro produjo el efecto lesivo en la salud de la víctima y que sin oxímetro no debe intervenir quirúrgicamente a una persona.

Denuncian que esa tesis, quedó desvanecida con la versión de los peritos, quienes dijeron que el oxímetro es necesario pero no indispensable, ya que se podía operar sin dicho aparato y que para eso estaba el técnico anestesista que observa al paciente respecto de cualquier sintomatología que presente para suministrarle el medicamento necesario o apropiado. Señalan que quedó establecido que la técnico anestesista equivocó la sintomatología que presentó la víctima y sin consultar con su supervisor le suministró medicamentos que conllevaron a la paciente al colapso. Alegando los letrados que tales aspectos debieron ser analizados por la Cámara, que hubo quebranto al principio de razón suficiente, ya que al haberse valorado la prueba testimonial (peritos), se demostró que los efectos lesivos en la paciente no se debían exclusivamente a la falta del oximetro de pulso sino a una mala interpretación de los síntomas en la paciente, por parte de la técnico anestesista. Destacando los impetrantes que el alcance de la

violación de las reglas de la sana crítica, conllevó a concluir al arribo de un juicio errado de culpabilidad del imputado, que de haberse aplicado correctamente las reglas de la sana crítica las resultas hubiesen sido de un fallo absolutorio.

4.- Con respecto al segundo motivo, plantean que la Cámara incurrió en la violación a las reglas de la congruencia, Art. 478 No. 4 CPP., que con el afán de confirmar el fallo condenatorio erró al valorar y motivar de manera diferente los hechos acusados con los establecidos en juicio. Alegan que el Ad quem no tomó en cuenta que el debate se entabló porque el ente fiscal atribuía a su defendido, ser el responsable de la no existencia del oxímetro de pulso en la sala de operaciones y que sin el oximetro no debió suministrar la anestesia para someter a la paciente a la intervención quirúrgica, alegan que jamás la acusación se fundamentó en la "negligencia" a la que concluyó la Cámara.

Continúan exponiendo que la acusación fue por la falta de oxímetro en la sala de operaciones, pero que el tribunal de apelaciones incongruentemente razonó que la imputación del señor [...], giró en torno a que éste una vez aplicó la anestesia se desatendió de la paciente y delegó en otra persona la responsabilidad en observar e interpretar los cambios físicos de la paciente.

Otra incongruencia que plantean, es que el Ad quem ordenó condenar a su defendido al pago en responsabilidad civil principal en clara violación al principio de la reforma en perjuicio, en virtud que ni la defensa, ni la fiscalía apelaron al respecto y que, su defendido no fue condenado al pago de ninguna cantidad de dinero sino que el condenado en responsabilidad civil subsidiaria especial resultó ser el Instituto Salvadoreño del Seguro Social. Propone como solución se anule la sentencia de apelación como también la del a quo y ordené un nuevo juicio.

Esta Sala advierte que ambos motivos serán desestimados, por las siguientes razones:

En el primer motivo, los impetrantes acusan, que los Magistrados de la Cámara de lo Penal de la Primera Sección del Centro han vulnerado las reglas de la sana crítica en la vertiente de la lógica de razón suficiente, en el sentido que, el régimen de concausas establecidos por el Ad quem para confirmar el fallo condenatorio de su patrocinado no procedía en el presente caso.

Plantean que en el caso concreto, el imputado [...], anestesiólogo ejercía funciones de supervisión, que el día de la intervención quirúrgica practicada a la ahora víctima, que acudió al llamado de la Licenciada [...] técnica anestesista por fallar ésta en dos veces la aplicación de la raquídea, siendo el imputado quien suministró la dosis de anestesia raquídea a la víctima clasificada como paciente sano, luego se retiró del quirófano porque tenía en observación a otros pacientes de riesgo, refutan que no era cierto que el imputado haya delegado funciones a la técnico anestesista, ya que quien tenía a cargo la observación de la paciente era ésta y no el anestesiólogo (imputado).

Afirman los impetrantes que, quedó demostrado en juicio que la técnico anestesista se equivocó en la sintomatología que presentó la víctima y sin consultar con su supervisor le suministro medicamentos que conllevaron a la paciente al colapso

Además, discuten que en juicio se estableció que no era el acusado el responsable de la existencia del oxímetro de pulso en la sala de operaciones y que

al mismo tiempo, dicho aparato no era indispensable para operar, aspectos sobre los cuales se examinará el razonamientos del Ad quem.

El tribunal de apelaciones sobre el punto objeto de reclamo argumentó lo siguiente: "(...) A grandes rasgos, en este punto de la apelación, los litigantes pretenden descargar la responsabilidad en el menoscabo de salud sufrida por la víctima, en la técnico anestesista, cuando señala "[...] haber interpretado dicha técnico anestesista una supuesta ansiedad y angustia en la paciente, sin consultarle a su supervisor le aplicó a la paciente MIDASOLAN Y FENTANIL, lo cual le produjo sueño profundo por causar efectos sedantes [...]. Que en la segunda ocasión que fue llamado nuestro defendido, se encontró con una escena critica, pero aplicó inmediatamente a la paciente los medicamentos adecuados. (...) es necesario establecer la siguiente relación: i) la anestesia raquídea fue aplicada por el imputado, ii) después de aplicar la anestesia raquídea a la paciente, el imputado abandonó la sala de operaciones, pues cumplía funciones de supervisor en otras salas de operaciones; iii) al momento en que la víctima presentó síntomas físicos, derivados de la anestesia que le había sido aplicada por el imputado éste no se encontraba en la sala de operaciones; iv) la ausencia del imputado en la sala de operaciones ocasionó que la sintomatología presentada por la víctima tuviera que ser interpretada por la técnico anestesista (...) en el párrafo que antecede logra concluirse: que el imputado era sabedor de la ausencia del oxímetro de pulso, pues ejercía funciones de supervisor de todas las salas de operaciones; que la sintomatologia que la víctima presentó durante la operación fue a consecuencia directa de la anestesia raquídea que le fue aplicada por el imputado, que éste no se encontraba presente en la sala de operaciones, es decir que no pudo presenciar cual fue el resultado —sintomatología de la víctima de su acción — aplicación de la raquídea. De la misma forma que no puede separarse la consecuencia de la acción que la produjo, no puede negarse que el imputado incurrió en una infracción al deber de cuidado (...) La imputación formulada en contra del señor [...], gira en torno de que éste una vez aplicada la anestesia se desentendió de la paciente abandonando la sala de operación, delegando en una tercera persona la responsabilidad de observar e interpretar los cambios físicos que la paciente mostrara como consecuencia de la aplicación de la anestesia. De esta forma, la afirmación hecha por la juez sentenciadora de que el imputado suministró la cantidad correcta de anestesia a la paciente, no resulta contradictoria con el fallo condenatorio, pues como ya se expuso, lo que vuelve al galeno sujeto de imputación en su actuar negligente una vez aplicada la anestesia (…)". (Sic).

Continua el Ad quem con su razonamiento en cuanto a que, quien había puesto en una situación crítica a la paciente fue la técnico anestesista, en razón de que ésta realizó una mala interpretación de los síntomas que presentó la paciente (ansiedad), suministrándole medicamentos que le produjeron efectos adversos a lo esperado (bradicardia), premisas que sólo pretendían trasladar la responsabilidad a la técnico anestesista, acotaron los Magistrados.

Con relación al oxímetro de pulso, el Ad quem sostuvo que no era atribuible al procesado la carencia del oxímetro de pulso en la sala de operaciones, sino lo que era atribuible al imputado era el hecho de saber la falta de dicho aparato y a

pesar de ello retirarse de la sala de operaciones después de aplicar la anestesia, sin observar la sintomatología que presentaría la víctima, dejando en claro los Magistrados que, no era la falta de oxímetro de pulsó por el cual se condenó, sino por una actuación negligente que a pesar que no se contaba con ese aparato en la sala de operaciones; que las actuaciones de carácter culposo, se inician desde el momento que se ordenó una cirugía a sabiendas de que no se contaba con el oxímetro de pulsos, cirugía que pudo ser reprogramada en fecha posterior donde se contará con el equipo adecuado; se instaló la operación y el imputado después de ser él quien aplica la anestesia raquídea, no actúa de una forma diligente, pues se retiró de la sala de operaciones.

Asimismo, del proveído objeto de control se denota que, los profesionales de la salud que declararon en juicio concluyeron que sólo en los supuestos de emergencia sería viable una operación sin oxímetro de pulso, y el Doctor [...], expresó que probablemente la oximetría hubiese ayudado a iniciar medidas tempranas que pudieran haber contribuido a limitar las secuelas neurológicas sufridas por la paciente.

Frecuentemente se estudia este problema, a propósito de la actividad médico-quirúrgica donde resulta posible aislar, de forma clara, tres etapas que coinciden con la actuación antes, durante y tras el operatorio, cada una de ellas con sus particulares exigencias de cuidado. Puede decirse que la responsabilidad del médico comienza desde el mismo momento en que asume el tratamiento. [El deber de cuidado en las distintas fases de la actividad médica]. En ese instante surge la posición de garantía por virtud de la asunción del control del peligro para la salud del enfermo (fuente material del deber jurídico) sin que sea necesaria la existencia de un contrato previo con el paciente (fuente formal del deber jurídico de actuar). En la fase preoperatorio, aparte del deber general al que se alude arriba, deben observarse dos cautelas esenciales por parte del anestesista. Por un lado, la revisión de aparatos técnicos con el fin de que el anestesista pueda cumplir con su función de control constante durante el operatorio del estado del paciente, lo que lógicamente requiere un adecuado funcionamiento de los aparatos mecánicos que indiquen aquel estado. (Choclán Montalvo. Op. Cit. Pág. 155 y 161).

Además, las Normas Técnicas de Anestesiología del ISSS, son de carácter obligatorio y en el apartado IV parte final establece la responsabilidad del proveedor del servicio de anestesia, y refiere que se entenderá como proveedor de servicio de anestesia el que tiene la obligación de cumplir esta norma a los Médicos Anestesiólogos y a los Licenciados o Tecnólogos en Anestesia; luego, en el apartado VI ídem, establece que los centros de atención donde se realiza la práctica de la anestesiología deberán contar con el equipo minimo obligatorio para el monitoreo básico que incluye entre otros la oximetría de pulso y, en su apartado VII, señala que antes de la inducción anestésica se debe examinar el buen funcionamiento del equipo respectivo. (Fs. 1158 y 1159).

En el presente caso, tal como se deriva del texto de la sentencia recurrida, la Cámara de mérito confirmó el fallo condenatorio por haberse estableció en juicio que, el doctor [...], anestesiólogo fue el que aplicó la anestesia a la víctima, y luego se retiró de la sala de operaciones, con conocimiento de la inexistencia en la sala de operaciones del oximetro de pulso, instrumento de suma importancia, que monitorea de forma no invasiva la saturación de oxígeno expresada como

porcentaje o en decimales de la hemoglobina arterial, midiendo los cambios de absorción de luz, que resultan de las pulsaciones de flujo de la sangre, tal como lo describen los mismos impetrantes en su libelo recursivo. En ese sentido, la Sala estima que, el imputado luego de aplicar la anestesia a la paciente ahora víctima, no debió retirarse de la sala de operaciones, especialmente si no contaba con dicho aparato; y el hecho que la víctima era monitoreada por la licenciada [...] técnico anestesista, no excluye la responsabilidad de quien suministró la raquídea. Aunado a ello, el doctor [...], estaba facultado para suspender la operación, al no contar la sala de operaciones con uno de los instrumentos útiles para la práctica de la cirugía, (oxímetro de pulso) tal como dispone la norma número 5.2.8.b) de sala de operaciones del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, en un claro incumplimiento de la norma.

Por otro lado, los expertos en salud que declararon en el juicio manifestaron que "sólo" operarían sin el "oxímetro de pulso" en caso de "emergencia", y en el caso en particular fue una operación electiva; y como bien lo apunta el Ad quem, dicho aspecto no fue lo que le atribuyó responsabilidad al acusado, sino la falta al deber objetivo de cuidado en su actuar negligente, por aplicar la raquídea a la víctima y luego haberse retirado de la sala de operaciones, sabedor el ahora procesado que dicho aparato estaba en mal estado debió ser más provisorio. En consecuencia, la Sala determina que los argumentos expuestos por los Magistrados de la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro de este distrito judicial, no vulneran las reglas de la sana crítica, concretamente la lógica; en ese sentido, el defecto invocado es inexistente y por ende será desestimado, Art. 478 No. 3 CPP"

CORRECTA APLICACIÓN DE LAS REGLAS RELATIVAS A LA CONGRUENCIA

"Con respecto al segundo motivo alegado relativo a la inobservancia de las reglas relativas a la congruencia, Art. 478 No. 4 CPP.

En tal motivo se arguye que el Ad quem en uno de sus considerandos concluyó que, la acusación se fundamentó en la negligencia, pero con ello no se pone de manifiesto en qué sentido se han cambiado los hechos acreditados en juicio para derivar a la incongruencia atribuida al razonamiento de los Magistrados de la Cámara en cita, pues tal como se desprende de los argumentos del motivo formulado, pues el caso ha girado en torno a una intervención quirúrgica, aplicación de la raquídea, la observancia en los cambios físicos de la paciente (sintomatología) y a partir de ahí, la conclusión del Ad quem en afirmar que existió negligencia en el actuar culposo del galeno es correcto."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 93C2015, fecha de la resolución: 24/02/2016*

## DECLARACIÓN DE TESTIGO VÍCTIMA

INCOMPARECENCIA A LA VISTA PÚBLICA NO VIOLENTA EL DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO, CUANDO HA RENDIDO SU DECLARACIÓN MEDIANTE PRUEBA ANTICIPADA

"El impetrante expresa que la Cámara incurrió en el mismo error del Tribunal de Sentencia, ya que los contenidos de la confirmación de la sentencia condenatoria sólo toman en cuenta la declaración de la menor víctima, la cual no compareció a la vista pública; dicha declaración fue a través de la prueba anticipada, por lo cual se violentó el derecho de defensa del imputado, en cuanto a que no es lo mismo valorar la prueba anticipada que la declaración del testigo que se presenta en la vista pública.

La Sala estima que el motivo debe ser desestimado, conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes:

De lo expuesto por el impetrante, se advierte que la Cámara expresó lo siguiente: "... *Por lo anterior, es entendible que solo se cuente con un único testigo presencial de los hechos punibles investigados, que es la misma víctima, circunstancia (que exista un solo testigo), no puede ser tomada* como *fundamento jurídico para restarle credibilidad a lo dicho por la víctima o decir que el sólo hecho de que no hay otro testigo presencial del delito investigado, no hay elementos periféricos que corroboren lo narrado por la persona perjudicada, (...) Este Tribunal considera que el dicho de la víctima, es prueba suficiente para acreditar legalmente, la existencia del ilícito penal acusado y la responsabilidad penal del imputado en el mismo; ya que la menor víctima narra una secuencia de hechos concatenados, desde su primera entrevista, los cuales son totalmente coincidentes con lo declarado, bajo las reglas del anticipo de prueba ...".*

Asimismo indicó "... *Es importante aclarar que, en el presente caso, la víctima tiene doble calidad, por ser la única testigo del hecho ilícito cometido en su contra, ya que como antes se apuntó en la mayoría de los casos* el *sujeto activo de este tipo de delitos busca la soledad y clandestinidad para cometerlos; y es preciso señalarle que en casos como el presente debe tomar en cuenta la "prueba periférica o corroboratoria" (...) este Tribunal infiere que lo narrado por la víctima tanto en su entrevista, confirmado en su declaración, guarda total concordancia con lo que la misma menor expresa en su examen psicológico, existiendo por ello, prueba periférica que confirma todo lo expuesto por la menor, que como antes se dijo, tiene su origen en la prueba fundamental, o única del proceso, el testimonio de la menor víctima ...". (Sic).*

En ese orden de ideas, esta Sala advierte que de la resolución recurrida se deriva el contenido de cada uno de los elementos de convicción, como lo son prueba testimonial y documental, las cuales fueron analizadas de manera integral, específicamente, la declaración de la menor víctima, considerando el Tribunal de Alzada que fue prueba suficiente para acreditar legalmente la existencia del ilícito penal y la responsabilidad penal del imputado; expresando asimismo que la práctica que se hizo de la prueba anticipada (declaración de la menor víctima en Cámara Gesell) cumplió con todas las reglas del anticipo de prueba, ya que la menor narro una secuencia de hechos concatenados, desde su primera entrevista.

Al respecto, es necesario reiterar lo que esta Sede ha expresado anteriormente sobre los anticipos de prueba, en casos de delitos sexuales cometidos contra niñas, niños y adolescentes, específicamente para evitar su revictimización, por su vulneralidad en razón de su edad y con el propósito de impedir se

enfrente en el juicio oral al imputado o al interrogatorio de la defensa, habiéndose sostenido: "... *No debe soslayarse, que aún, a fin de preservar los intereses del declarante infantil, sin provocar la indefensión del imputado, en atención al Art. 106 N° 10, Lit. E), del Código Procesal Penal, se brindaron facilidades para rendir su testimonio, verbigracia la utilización de la Cámara Gessel, a fin de obtener la narración del evento, en un ambiente menos hostil como el que se produce ante la administración de justicia. Igualmente, el Art. 213 del Código Procesal Penal, pretende erradicar a través de este recurso tecnológico, la victimización secundaria o re-victimización es decir, que el niño rememore aquel hecho vejatorio, disminuyendo con esta medida, el impacto del crimen original como consecuencia de la injerencia de las agencias del Control Social Formal...". (Vease Ref. 153C2012 de las diez horas con dieciocho minutos del día veintidós de mayo de dos mil trece).*

En ese sentido, se advierte que el expresado testimonio, rendido en la Cámara Gesell, fue ofrecido en la acusación fiscal, como prueba anticipada, el cual fue admitido en el auto de apertura a juicio y reproducido en el debate.

En casos como el presente, es oportuno considerar que por lo general, cuando exista la posibilidad de que el testigo comparezca posteriormente al juicio a rendir su declaración, pueden las partes o el Tribunal, a fin de favorecer el descubrimiento de la verdad y la inmediación, exigir la comparecencia personal del órgano de prueba. Sin embargo, esto no significa que se le deba negar valor probatorio al primero de los testimonios, puesto que comparezca o no el testigo, el juzgador habrá de valorar una o ambas declaraciones, según el caso, con arreglo a la sana crítica, siempre que aporten elementos pertinentes a la resolución de las pretensiones sometidas a su conocimiento.

Con base en todo lo expuesto, se estima que el vicio denunciado por el impetrante no se ha configurado en el caso en examen, puesto que la Cámara concluyó razonablemente que el dicho de la víctima a través de la Cámara Gesell fue prueba suficiente para acreditar la existencia del ilícito y la responsabilidad penal del imputado en el mismo, pues la no comparecencia de la víctima en la vista pública no violenta el derecho de defensa del imputado, ya que su declaración, rendida mediante el mecanismo de la prueba anticipada, puede ser valorada y formar convicción judicial, por lo que el criterio dado por el Tribunal de Segunda Instancia fue conforme a derecho.

En consecuencia, no es procedente acceder a la petición del inconforme y deberá mantenerse inalterable el fallo que aquí fue objeto de reclamo."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 334C2015, fecha de la resolución: 31/03/2016*

## DECLARATORIA DE INCOMPETENCIA

SALA NO PUEDE PRONUNCIARSE RESPECTO A SU PROCEDENCIA, PERO SÍ TIENE COMPETENCIA PARA DETERMINAR LA FALTA DE DERIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE ALZADA QUE LA EMITIÓ

"1.- Con el propósito de exponer una secuencia ordenada en la resolución de los recursos se procederá a realizar el análisis primero del que corresponde al expediente 258C2015, de la forma siguiente:

En el primer motivo, los solicitantes aseveran que en el análisis que el Tribunal de Alzada realizó no resolvió los planteamientos formulados en el recurso de apelación, sino que en su lugar declaró la nulidad absoluta de todo el proceso a favor de los imputados, lo cual constituye un vicio de la sentencia, ya que no existe congruencia entre lo que se sometió a su conocimiento como tribunal de alzada y lo que éste al final resolvió.

En el segundo motivo los impetrantes alegan un defecto de fondo, expresando que la Cámara consideró, a partir de su análisis para decretar la nulidad, que los imputados son militares, y que el tribunal de alzada indica que este tema tuvo que resolverse en la jurisdicción militar, y que los hechos, son constitutivos de los delitos contemplados en el Art. 147 y 14 del Código de Justicia Militar, por la cual manifestó la Cámara que la jurisdicción común no es competente, por lo que declaró nulo todo el proceso.

El primer motivo planteado por los recurrentes, consiste en que la Cámara en ningún momento resolvió los motivos planteados en el recurso de apelación, por lo que, a su criterio, no existió congruencia entre lo que se somete a su conocimiento como tribunal de alzada y lo que éste al final resolvió.

La Sala estima que el primer motivo debe ser desestimado, conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes:

Respecto al motivo invocado, la Sala considera que una vez abierta la vía impugnaticia el tribunal de alzada asume el ejercicio de la jurisdicción dentro de los límites del agravio demostrado por el impugnante, ya que abierto el recurso este puede examinar la resolución en los puntos impugnados, así como también, lo que atañe al contenido de un vicio respecto del cual nada se dijo en el recurso toda vez que se trate de nulidades absolutas ya que estas pueden ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso.

En el sentido expresado, Javier Llovet Rodríguez en su obra "Proceso Penal Comentado" 1a. Ed. San José, C.R. Pág. 826 señala: "... *Las partes tienen un derecho dispositivo con relación a los puntos de la resolución que desean impugnar (...) La competencia del tribunal de alzada en tal caso estaría limitada a los puntos impugnados (...) Se admiten dos excepciones a esto. La primera cuando existe un defecto absoluto, ya que en tal supuesto el vicio puede ser declarado de oficio (...) La otra excepción es cuando la acción penal se ha extinguido, puesto que ello debe ser declarado de oficio en cualquier estado del proceso (...) Ambas excepciones exigen que el recurso interpuesto cumpla con los requisitos de admisibilidad...". (Sic).*

En el caso *subjudice,* se advierte que el tribunal de alzada actuó conforme a derecho, pues en un primer momento admitió el recurso de apelación en el que se alegaban dos vicios -ver Fs. 216 vuelto de la sentencia impugnada - por lo que esta Sede estima que dicha Cámara al resolver la nulidad absoluta del proceso, no afectó la congruencia entre lo que se le requirió y lo que al final resolvió, pues goza de las facultades que la ley le confiere en el Art. 347 Pr. Pn., que establece: "... *Las nulidades absolutas señaladas en el artículo anterior no podrán cubrirse ni aún con expreso consentimiento de las partes y deberán declararse a pedi-*

*mento de éstas o de oficio, en cualquier estado o grado del proceso ...".* Razón por la cual, su actuación en el párrafo reclamado, no violenta lo regulado en el Art. 459 Inc. 1° Pr. Pn.

De suyo no procede acceder a la pretensión de los recurrentes, al no existir el defecto alegado.

Por otra parte, los solicitantes señalaron como segundo vicio que la Cámara consideró que, dada la naturaleza de los hechos y en vista que los imputados eran militares y las granadas propiedad del Estado, la jurisdicción común no era competente para conocer de estos hechos sino que los mismos se debieron ventilar a través de la jurisdicción militar; razonamiento que esgrimió como fundamento para decretar la nulidad del proceso.

La Sala estima que el segundo motivo debe estimarse por las razones que a continuación se exponen.

La Cámara, en cuanto a los aspectos alegados por el impetrante, expresó en su proveído lo siguiente: "... *La acción ilícita acusada es esencialmente LA SUSTRACCIÓN DE GRANADAS* O *MATERIAL EXPLOSIVO y recayó sobre armas propiedad de la Fuerza Armada. Los objetos sustraídos son ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LA FUERZA ARMADA, cuya tenencia, portación o conducción no le es permitida a los particulares de acuerdo a la ley respectiva (...) en este caso, las GRANADAS o armas explosivas se encontraban en el arsenal y depósitos de la fuerza armada con sede en La Unión y San Miguel, siendo trasladadas para su destrucción hacia la Hacienda El Ángel II, jurisdicción del Municipio de Tapalhuaca ...". (Sic)*

Asimismo indica dicho Tribunal *la sustracción de armas está sancionada por el Código de Justicia Militar, está comprendida en los ilícitos de ROBO Y HURTO MILITARES que regulan los Arts. 147-149...". (Sic).*

Finalmente expresó: "... *En conclusión, procede declarar de oficio la nulidad absoluta de todo el proceso como efecto de la falta de la competencia en razón de la materia; sin oportunidad de subsanar tal nulidad de los actos de instrucción por cuanto el Juez legal que determina el Código de Justicia Militar es un militar nombrado por autoridad militar ...". (Sic).*

En los párrafos antes relacionados, la Cámara se limita a expresar que la sustracción de granadas o material explosivo propiedad de la Fuerza Armada, era competencia de un Juez Militar, quien debió conocer el proceso en contra de los imputados, ya que éstos tenían calidad de militares, razón por la cual, la Cámara procedió declarar de oficio la nulidad absoluta de todo el proceso por la falta de competencia en razón de la materia, Art. 346 N° 1 Pr. Pn.

Vistas las razones que tuvo en cuenta la Cámara para declarar la nulidad absoluta de las presentes actuaciones, se advierte que dicho tribunal fundamentó la falta de competencia de la jurisdicción común bajo el argumento siguiente: "... *Este Tribunal ha considerado principalmente la calidad de los sujetos a quienes se procesa y a los objetos sobre los cuales recayó la acción y a quien le correspondía la propiedad de tales objetos para sostener que la jurisdicción ordinaria no le corresponde conocer de un hecho propio de la jurisdicción militar...". (Sic).*

Al margen de lo válida o verdadera la afirmación acotada, lo cierto es que llevan razón los recurrentes al expresar que dicho proveído adolece del defecto

de falta de fundamentación, pues el andamiaje argumentativo en el que el tribunal de alzada basa su decisión, no es el perteneciente a las pruebas recibidas durante el debate -de las cuales no hace mención alguna- sino por el contrario, su argumento lo finca en la acusación fiscal, ver Fs. 177 y siguientes.

De esa forma, se torna evidente que las consideraciones de la Cámara omiten relacionar cuestiones fundamentales derivadas de la prueba del juicio, cuya tesis principal descansa en que los justiciables habrían incurrido en las infracciones penales sometidas a juicio, como lo son las Agrupaciones Ilícitas, Tenencia Portación o Conducción de Armas de Guerra y Comercio Ilegal y Depósito de Armas; las cuales no forman parte del Código de Justicia Militar, sino que son conductas previstas únicamente en el Código Penal, que aunque fueron cometidas por militares, las mismas son objeto de la jurisdicción penal común y no de la privativa como sostiene la Cámara.

Ahora bien, esta Sala no puede pronunciarse si el asunto debió haberse ventilado en la jurisdicción militar o no, pero si tiene competencia para determinar la falta de derivación de la resolución del tribunal de alzada que es objeto de reproche por parte del recurrente, toda vez que el proveído basó su fallo en la acusación y en su fundamento, lo cual no es propio ni posible, pues el análisis debió partir de la realidad procesal inmersa en la sentencia de Primera Instancia, teniendo como premisa esencial: los hechos acusados, la prueba vertida en juicio, la valoración realizada por el *A- quo,* así como las conclusiones a las que este arribó, ya que ésta era la resolución apelada por la representación fiscal y no la relación de los hechos contenida en la acusación.

En vista de lo anterior, y dado el giro que la Cámara le dio al presente caso, al declarar nulo todo el proceso con argumentos sin base probatoria, lo conducente es casar la resolución impugnada y ordenar que otra Cámara resuelva las pretensiones impugnatorias de la Representación Fiscal y se pronuncie conforme a derecho corresponda, sin incurrir en los graves yerros de motivación constatados en la presente resolución."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 258C2015AC, fecha de la resolución: 15/07/2016*

## DEFENSA TÉCNICA

TRIBUNAL CASACIONAL ESTÁ VEDADO PARA CONOCER SUPUESTOS NO ALEGADOS EN APELACIÓN Y QUE HAN ADQUIRIDO FIRMEZA POR AUSENCIA DE RECLAMO OPORTUNO

"1.- Del análisis de los vicios admitidos, se comienza con el reproche del licenciado […], quien expresa que: "la sentencia es ilegítima porque violenta las reglas de la sana critica carece de la suficiente fundamentación" (Sic) Art. 478 Inc. 1° No. 3 Pr. Pn. Al respecto, el interesado centra su inconformidad señalando que a su entender, la sentencia de mérito no ha expresado cuáles son las razones por las que se le otorga eficacia probatoria a unos medios de prueba y a otros no, omitiendo expresar de manera clara y precisa con qué elementos

probatorios se ha establecido la existencia del "cuerpo del delito" (Sic), ya que no existió una víctima que haya comparecido al juicio que ratificara el contenido del acta de la denuncia, por lo que no existe razón suficiente para que la Cámara concluyera que su patrocinada es responsable penalmente.

La Sala considera que este reclamo debe ser declarado sin lugar, de conformidad a las razones que a continuación se exponen.

Al analizar la viabilidad de la causal, resulta trascendente relacionar que en reiterada jurisprudencia sostenida por esta Sala, se ha señalado: "...las partes que ejercen el recurso de apelación, tienen la carga procesal de señalar los defectos legales que perjudiquen sus intereses, sin obviar algunos puntos con la intención de alegados sorpresivamente en casación, pues, al no manifestar algún yerro cometido en Primera Instancia, éste no podrá ser alegado en una eventual impugnación casacional, debido a que la misma inactividad de la parte procesal lo dejó fuera del ámbito de conocimiento de la Cámara de Segunda Instancia". (Ref. 129C2015 del 21/09/2015).

En este sentido, se toma en un requisito imprescindible para habilitar el conocimiento de esta Sede en cuanto a los vicios denunciados vía casacional, que la causal formulada también haya sido objeto de impugnación en Segunda Instancia, es decir, que los argumentos planteados en la alzada, su incidencia en el fallo y el agravio que éste le causa, deberá ser considerado como base para establecer los fundamentos que evidencien las causales de casación que permitan ejercer un control sobre el fondo del asunto; de lo contrario, se estaría en presencia de una sentencia firme o cosa juzgada, que en atención al Principio de Seguridad Jurídica no puede ser impugnada dentro del mismo proceso o en uno diverso.

En el presente caso, el abordaje efectuado por el interesado sobre el defecto alegado, en cuanto a la inobservancia de las reglas de la sana crítica, no había sido denunciado en el recurso de apelación planteado anteriormente, de tal suerte, que no ha existido alguna reclamación que permitiera al Tribunal de Alzada reflexionar, sea confirmando o rechazando lo solicitado, cuya resolución ahora se ponga en cuestionamiento ante esta Sala; en tal sentido, en consonancia con el criterio antes expuesto, la Sala estaría vedada de pronunciarse sobre este motivo en particular, en razón que los supuestos yerros que no fueron alegados en apelación han adquirido firmeza por no haber sido reclamados oportunamente, y no pueden ser denunciados hasta este momento obviando la apelación; se exceptúan desde luego las nulidades de carácter insubsanable, circunstancia que no se constituye en el estudio de este concreto reclamo. Por consiguiente, ante la inactividad de la defensa quién en la apelación no se manifestó en contra del punto que hoy somete a casación, constriñe a desestimar la presente denuncia, como se hará en el fallo respectivo."

CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICACIÓN DE REGLAS LEGALES PARA LA AUDIENCIA INICIAL

"2.- Ahora bien, respecto al motivo alegado por el licenciado […], se tiene que invoca la: "nulidad absoluta de conformidad a lo dispuesto al art. 346 N° 7

del código procesal penar(Sic), en el que expresa, para fundar su queja, que su patrocinado al momento de celebrarse la audiencia inicial no contó con un defensor para representar sus intereses y que no obstante tal hecho, la Jueza decidió continuar con el referido acto procesal, violentándose la garantía constitucional del derecho de defensa, generando ésa actuación, una nulidad absoluta del proceso con base a lo dispuesto en el Art. 346 No. 7 Pr. Pn.

Continúa expresando que la Cámara […] acepta que ante la inasistencia de un defensor público la Jueza de Paz debió haber nombrado al defensor particular de la otra imputada que se encontraba en la misma audiencia inicial, como defensor de oficio, y que si bien es cierto, lo más adecuado hubiera sido suspender y reprogramar la audiencia; termina aseverando que no se produjo ningún perjuicio al enjuiciado, ya que no rindió declaración indagatoria, donde sería ineludible la presencia de la defensa técnica.

Tal respuesta, a entender del recurrente, constituye únicamente valoraciones subjetivas por parte del tribunal de segundo grado, puesto que la ley es clara en el Art. 101 Inc. 1° Pr. Pn., en donde se establece que ante la imposibilidad de contar con un defensor particular o público, se debe designar por parte del Juzgador un defensor de oficio.

En este sentido, el recurrente considera que la actuación de la Jueza de Paz, confirmada por la Alzada, constituye una vulneración a garantías de carácter constitucional establecidas a favor del imputado, y por lo tanto es factible declarar la nulidad absoluta del proceso, basándose en el Art. 346 No. 7 Pr. Pn.

2.1.- Para abordar el estudio de la propuesta recursíva, esta Sala considera pertinente, previo a pronunciarse sobre el primer reclamo y sus efectos, analizar brevemente los siguientes puntos: a) La estructura del actual proceso penal, con énfasis en las actividades que concierne desarrollar en la audiencia inicial; b) Nociones generales del derecho de defensa, orientado a la defensa técnica del imputado detenido; c) Análisis del yerro invocado y sus consecuencias; y d) Relevancia de declarar una nulidad absoluta cuando no hay interés procesal que la legitime.

A) Iniciando con el primer punto, este despacho entiende que nuestro proceso penal vigente está estructurado en tres audiencias principales: Audiencia Inicial, Audiencia Preliminar y Vista Pública, teniéndose que la Audiencia Inicial, debe ser concebida como el primer momento judicial de importancia para la resolución del caso en donde se discute el requerimiento fiscal y se toma la decisión que realmente proceda con relación a aquél. (“Nociones Generales sobre la labor del Fiscal en el nuevo Proceso Penal”, del Proyecto de Reforma Judicial II Proyecto de Reforma Judicial II. USAID-U.T.E.-EL SALVADOR, 1998).

Así, es al Juez de Paz a quien le corresponde la celebración de la Audiencia Inicial y en la misma decidir el caso, dándolo por terminado, cesándolo provisoriamente o decidiendo pasar a la etapa de Instrucción. La celebración de la Audiencia Inicial tiene como requisito la presentación del requerimiento fiscal que despliega las órdenes Constitucionales que han sido atribuidas al Fiscal General de la República, a saber, el ejercicio de la acción penal y la titularidad de la pretensión punitiva.

Es preciso considerar que los pasos de la audiencia inicial no pueden adecuarse a un solo esquema, atendiendo a las posibles resoluciones anticipadas o alternativas a las de instrucción formal, como pueden ser el sobreseimiento, la aplicación de un criterio de oportunidad, la aplicación de un procedimiento abreviado, la celebración de una conciliación o el planteamiento de una desestimación.

Dentro de los pasos reglados para esta etapa, que inicia con el recibimiento del requerimiento fiscal, se tiene que el Juez de Paz convocará a todas las partes a una audiencia dentro de plazos distintos, dependiendo de la detención o no del imputado (Art. 298 Inc. 1 Pr. Pn.). Cuando el encartado se encuentre detenido y el fiscal estime en su requerimiento que debe continuar en ese estado, la convocatoria para la Audiencia Inicia deberá hacerse dentro del término de inquirir; siendo prioritario que la situación jurídica del enjuiciado sea resuelta dentro del mismo, es decir, que siga detenido provisionalmente o que sea puesto en libertad. Este término es para que exista congruencia entre el Código Procesal Penal y la Constitución, el cual no pasará de setenta y dos horas según el Art. 13 Inc. 3° Cn.

Por el contrario, si no se ha ordenado la detención del encartado o si el Ministerio Público Fiscal no solicita la continuación de la misma, la audiencia se realizará dentro de los cinco días hábiles siguientes al de haber recibido el requerimiento fiscal; una vez instalado y celebrado este acto judicial, el Juez proveerá una resolución en la cual se circunscribirá a lo que haya solicitado el fiscal en su requerimiento, por imperativo del principio de congruencia.

En conclusión, la Audiencia Inicial, es la primera de las tres audiencias las orales que regula nuestro Código Procesal Penal, y por ende, es la primera posibilidad de solución legal de un conflicto, la cual debe caracterizarse por su sencillez, pero, sin olvidar la regla de analogía de la vista pública, Art. 299 Pr. Pn., y que ha de celebrarse siguiendo las mismas reglas en cuanto a sus etapas esenciales, en un sentido abreviado.

De tal suerte que la Audiencia Inicial ha sido diseñada para garantizar los principios constitucionales tales como: inocencia, igualdad de armas, defensa, celeridad, entre otros; teniendo como base medular discutir la imputación en lo atinente a la calificación jurídica de los hechos y las medidas cautelares que se impondrán, debiéndose asegurar la observancia de todas las garantías recogidas n nuestra legislación.

Sobre la aplicación de las reglas estatuidas legalmente para la audiencia inicial, esta Sede ha realizado diversas consideraciones; y específicamente en cuanto al Art. 298 Pr. Pn., que regula la convocatoria de la Audiencia Inicial, este despacho ha sentando el criterio, que en caso de que el imputado no haya podido ser habido al momento de celebrarse la audiencia inicial, pero éste cuente con un defensor nombrado no se podrá resolver con solo la vista del requerimiento, ya que se le vulneraría el derecho a la defensa del enjuiciado (398-CAS-2008 del 10/09/2010).

De igual manera, la Sala ha sostenido que el Juez de Paz actuó correctamente al decretar la instrucción formal con detención provisional, con la sola vista del requerimiento, en el caso que la autoridad juzgadora intentó infructuosamente citar al imputado, además, ejecutó actos orientados a garantizar el debido

proceso al solicitar de oficio un defensor público, quien no procedió a actuar al considerar que su participación debía ser solicitada por el enjuiciado. (331-CAS-2005 del 4/01/2006)."

CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA

"B) Teniendo en cuenta el bagaje de consideraciones expresadas, dado el reclamo del impetrante, corresponde referirse brevemente al derecho de defensa técnica, en los siguientes términos:

El derecho de defensa del que goza el imputado, es una garantía del debido proceso que lo resguarda, consagrado en los Arts. 12 Inc. 2° Cn., 81 y 82 N° 2 Pr. Pn., reforzado en el artículo 8 párrafo 2) incisos d) y e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que se busca proteger al individuo contra el uso arbitrario del poder penal, considerándose que el derecho de defensa cumple un papel protagónico y primordial, encontrándose en la base de todo el sistema de justicia penal.

Así, la inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el enjuiciado puesto que viabiliza que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal. Siendo entendido por la doctrina como: cuna norma de rango constitucional, válido para todo tipo de proceso, derivado de los valores de seguridad jurídica y de igualdad de oportunidades, ligada a una recta administración de justicia y concretada a través de las disposiciones de los códigos de rito que posibiliten, de la manera más amplia, la debida contradicción ante la acción, permitiendo que el accionado pueda ser oído, hacer valer sus razones, ofrecer y controlar la prueba e intervenir en la causa en pie de igualdad con la parte actora." (VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, Derecho procesal penal, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1995, p. 47).

En este orden, debe entenderse como la legítima oposición a la persecución penal iniciada contra un ciudadano, quien ejerce una actividad tendiente a la acreditación de la inocencia o a la invocación de circunstancias que atenúen la responsabilidad que se le está endilgando. Ese derecho de defensa se compone, por una parte de la defensa material, que es aquella en virtud de la cual ha de permitirse al encartado ejercer personalmente su defensa, esto es, ampliamente entendido, el derecho a ser oído, formular preguntas, declarar en el proceso, etc. La defensa técnica, es el otro componente, conforme al cual el imputado debe ser asistido por un defensor letrado, es decir, por un abogado que, con su conocimiento de las leyes y del proceso, fortifique la defensa que materialmente realiza el encartado."

CONDICIONES QUE EL JUZGADOR DEBE AGOTAR PREVIAMENTE PARA CELEBRAR UNA AUDIENCIA INICIAL SIN LA PRESENCIA DEL DEFENSOR

"C) Ahora bien, a fin de verificar el reclamo y sus efectos en el proceso, este despacho advierte que ha quedado establecido en autos que el enjuiciado […], contaba con un defensor público nombrado desde el día veintitrés de enero del año dos mil quince, consignándose en acta levantada en las Bartolinas de

la Policía Nacional Civil […] que se le designaba al Licenciado […], mismo que es notificado para que compareciera a la celebración de la audiencia inicial que estaba programada para las diez horas del día veintiséis de enero del año en comento, tal como consta […].

Consta además, que al momento de dar comienzo la audiencia inicial, en la fecha señalada para tal efecto, la Jueza Segundo de Paz […], hace constar que el Licenciado […] no ha comparecido a la diligencia, no obstante estar legalmente notificado, siendo desconocidas las razones de su ausencia, y en base al Art. 298 Inc. 2° Pr. Pn., procede a declarar abierta la audiencia con las partes que estaban presentes, es decir, la Autoridad Juzgadora, el Secretario de Actuaciones, la representación fiscal, la enjuiciada […], la defensa particular de ésta, y el imputado […], tal actuación judicial se basó en el Art. 298 Inc. 2° Pr. Pn.

Esta Sede, comparte parcialmente los argumentos vertidos por el Tribunal de segundo grado, en cuanto a que ante la inasistencia a la audiencia inicial del defensor nombrado al procesado […], pudiera generar un "desequilibrio procesal que daría lugar a una situación de indefensión" (ver Fs. 28). Expresando que en tales casos lo procedente es la aplicación del Art. 101 Pr. Pn., es decir, el nombramiento de un defensor de oficio, disposición que permite ante la ausencia del defensor nombrado por el imputado, que la jueza pueda requerir a cualquier abogado para que se desempeñe como defensor de oficio del procesado, para no violentar el derecho de defensa que regulan los Arts. 10 y 98 Pr. Pn.; además la Cámara señala que en ese estado de la audiencia, la Jueza de Paz estaba facultada para nombrar de oficio al defensor particular que procuraba por los intereses de la otra enjuiciada que estaba siendo procesada conjuntamente con el imputado […].

Sin embargo, al continuar con el desarrollo de sus argumentos, el Tribunal de segundo grado deriva en afirmaciones que no son compartidas por la Sala, concretamente al manifestar que el derecho de defensa del encartado no se violentó al haber procedido la Jueza de Paz a celebrar la audiencia inicial con la ausencia del defensor público nombrado en las primeras incidencias del proceso. Para la Cámara, al optar por nombrar un defensor de oficio, se hubiera infringido el término de inquirir, ya que se encontraba al filo del cumplimiento del mismo; por lo que según el Tribunal de Alzada, se le otorgaba a aquél la posibilidad de resolver con la sola vista del requerimiento fiscal, y que no obstante ello, se decidió seguir adelante con la audiencia, lo cual le dio la oportunidad al encausado […], de conocer de primera mano la imputación de la que era objeto, de conformidad a lo prescrito en el Art. 298 Inc. 2° Pr. Pn.

Esta Sala entiende, tal como lo recoge la Cámara, que la Jueza de Paz no suspendió la audiencia por encontrarse en el término de inquirir, ya que de haberse suspendido y esperar al nombramiento de un nuevo defensor, hubieran transcurrido las setenta y dos horas que la ley le otorga al Juzgador, los cuales según el Art. 170 Pr. Pn. son improrrogables; pues, si se toma en cuenta que el imputado fue detenido el día veintiuno de enero del año dos mil quince, a la fecha de la celebración, es decir, el veintitrés del mismo mes y año, ciertamente se estaba en el límite para realización de la audiencia inicial, según el Art. 298 N° 1 Pr. Pn., lo que representaría una vulneración distinta al debido proceso.

No obstante ello, debió tener en cuenta que la aplicación del Art. 298 Inc. 2 Pr. Pn., no es automática, como lo sugiere la Cámara, ya que como ésta bien lo reconoce, existen ciertas condiciones que deben agotarse previamente para celebrar una audiencia inicial sin la presencia del defensor nombrado y garantizar los intereses de un procesado, básicamente cuando éste se encuentra detenido."

EXISTE CONCULCACIÓN POR CUANTO EL IMPUTADO NO CONTÓ CON LA PRESENCIA DE UN DEFENSOR EN LA AUDIENCIA INICIAL

"Así, la Sala considera que ante la circunstancia descrita, es decir, la presencia de un imputado detenido en audiencia inicial, sin contar con su defensor, que había sido legalmente notificado para la celebración de es acto […]; primeramente debió indagarse por parte de la Jueza de Paz, las razones de la inasistencia del mismo, y sus consecuentes sanciones, Art. 132 y 133 Pr. Pn.; sobre todo por tratarse de un defensor público, circunstancia que fue obviada por aquel.

De igual forma, al realizar una interpretación sistemática de las normas procesales, se tiene el Art. 101 Pr. Pn. que avala la designación por parte del juzgador de un defensor de oficio en los casos que resulte imposible la asistencia del defensor público o particular nombrado, lo cual, también es reconocido por el Tribunal de Alzada como una de las posibilidades que tenía la autoridad juzgadora, y que fue obviada por ésta. En todo caso, si se está ante el cumplimiento del término de inquirir, podía resolver con vista del requerimiento fiscal.

En el concreto asunto, como anteriormente se expresó, la Jueza de Paz celebró la audiencia inicial al borde de cumplirse con las setenta y dos horas señalas por la ley, lo cual es realzado por el Tribunal de segundo grado, sin embargo, la inactividad del primero debe ser resaltada, ya que debía cerciorarse al momento de instalarse la diligencia judicial, las razones por las cuales no comparecía el defensor público nombrado a favor del encartado […]; posteriormente, y al tenor del Art. 101 Pr. Pn., bien pudo nombrar como defensor de oficio al profesional que estaba asistiendo a la imputada […], el cual se encontraba presente en la misma sala, ya que ésta era procesada conjuntamente con el encartado […].

Todas las actuaciones descritas en el párrafo anterior, no implicaban dejar transcurrir un largo periodo de tiempo, al grado de violentarse el término de inquirir; sin embargo, se denota un proceder simplista por parte de la Jueza de Paz, ya que como se dijo, la aplicación del Inc. 2 del Art. 298 Pr. Pn., es excepcional, advirtiéndose que la autoridad juzgadora no expuso las razones que justificaran su proceder sin haber agotado las posibilidades que la ley le franqueaba en respeto al derecho de defensa técnica que le asiste a todo enjuiciado.

Este criterio es reconocido por la Sala de lo Constitucional, en la sentencia de Inconstitucionalidad número 82011 del 22/02/2013, donde se resolvió que no existía una vulneración al derecho de defensa si en la celebración de la audiencia inicial se aplicaba el Art. 298 Inc. 2° Pr. Pn., luego de llevar a cabo una serie de opciones que recoge la legislación aplicable, la que en lo pertinente señala: "...ante la ausencia de un defensor técnico-particular o público- que brinde asistencia al encartado, resulta procedente efectuar una interpretación sistemática con lo estipulado en el Art. 101 C. Pr. Pn... y en el caso de no poder optarse por el

nombramiento de un defensor de oficio, por encontrarse dentro de la finalización para realizar la audiencia inicial, podrá el juez optar resolver con base a la vista del requerimiento como una situación meramente excepcional y subsidiaria de las hipótesis anteriores...". (Sic).

Por lo anterior, la Sala estima que el reproche examinado es de recibo, pues, al reflexionar sobre el alcance del defecto alegado, se debe partir estableciendo que esta Sede ha sido garante del derecho de defensa en todas sus vertientes, y como se hizo constar en párrafos anteriores, no se comparten los argumentos del Tribunal de Segunda Instancia, porque de acuerdo a las circunstancias se advierte que se conculcó el derecho de defensa ya que el enjuiciado no contó con la presencia de un defensor en la audiencia inicial, existiendo un menoscabo real, orientado a una violación al derecho defensa técnica del encartado durante el desarrollo de la audiencia, puesto que según las incidencias del caso, se examinó los indicios probatorios presentados en el requerimiento fiscal y se determinó la medida cautelar a imponer, la cual fue privativa de la libertad del referido indiciado.

Se nota que el procesado […], al haber participado en la audiencia inicial, si bien hizo uso de su derecho de defensa material al expresar al momento en que le fue otorgado el uso de la palabra que: "Es una gran sorpresa para mí todo esto, me declaro inocente de todo", tal como se consignó […], sí resulta conculcada la garantía de la defensa técnica, la cual es desarrollada en nuestra legislación, así, el Art. 11 de la Declaración de los Derechos Humanos manifiesta: "Toda persona acusada del delito tiene derecho (..) a todas las garantías necesarias para su defensa". El Art. 12 Inc. 2° Cn., expresa: "...Se garantiza al detenido la asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la administración de justicia y en los procesos judiciales, en los términos que la ley establezca.", el Art. 10 Pr. Pn. ordena: "Será inviolable la defensa del imputado en el procedimiento. (--) También gozará del derecho irrenunciable a ser asistido y defendido por un abogado de su elección o por uno gratuitamente provisto por el Estado, desde el momento de su detención hasta la ejecución de la sentencia". En consonancia, el Art. 98 Pr. Pn., y dice: "Todo imputado gozará del derecho irrenunciable a la asistencia y defensa de un abogado de la República, conforme a lo dispuesto en la Constitución y este Código".

En consecuencia, la tarea de este despacho consiste en controlar que durante el proceso, a la persona sometida al mismo se le respeten las garantías que el ordenamiento jurídico le reconoce, de manera tal, que en todo momento se observe el debido proceso y que sólo mediante éste se resuelva su situación jurídica. Lo que implica la obligación de que se siga un proceso en estricto apego a la normativa y además, que se debe garantizar la oportunidad de que el justiciable conozca y se defienda de los cargos que se le atribuyen."

CELEBRAR AUDIENCIA SIN LA COMPARECENCIA DE DEFENSOR PUBLICO DEL IMPUTADO VULNERA DERECHO DE DEFENSA Y COMO CONSECUENCIA GENERA NULIDAD ABSOLUTA

"D) Corresponde ahora, dado el error judicial advertido, determinar la viabilidad de proceder a decretar la nulidad de lo actuado y sus consecuencias.

Así, es bien sabido que ante la concurrencia de este tipo de yerros, la sanción a aplicar es la nulidad absoluta, la cual es entendida como: "aquellas que vulneran gravemente las reglas esenciales del proceso, es decir, normas esenciales de procedimiento, principios procesales básicos o principios con rango constitucional. Deben ser declaradas, de oficio o a petición de parte, por el órgano judicial y, a diferencia de las nulidades relativas, no admiten posibilidad alguna de convalidación". CASADO PÉREZ, José María y otros, "Código Procesal Penal Comentado", Consejo Nacional de la Judicatura, Pág. 828.

Este defecto del procedimiento está regulado en el Art. 346 Nos. 5 y 7 Pr. Pn., que señala que el proceso es nulo absolutamente en determinados casos, expresando en el numeral 5°: "Cuando no se hubiere proveído de defensor al imputado detenido en los términos expresado en este código". Y, en el numeral 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".

En el asunto de mérito, siendo ostensible el error del procedimiento, dado que, si bien el legislador ha previsto la posibilidad de que bajo ciertas circunstancias al momento de instalar la audiencia inicial, esta se celebre únicamente con las partes que concurran, esta solución no es automática, sino que debe de agotarse primero un conjunto de alternativas (por ejemplo el nombramiento de un defensor de oficio), a efecto de lograr la más alta observancia de todas las garantías que integran el debido proceso, y únicamente de manera excepcional y bajo determinados supuestos legales, esta diligencia judicial podrá ser llevada a cabo con los sujetos procesales que se apersonen a la misma, aun sin verificarse la concurrencia de todas las partes. Sin embargo, al no haber agotado las diversas alternativas para que se garantizara la defensa técnica del encartado […], la decisión de la jueza de paz, de llevar a cabo la audiencia aun sin la comparecencia del defensor público del mencionado imputado, vulneró el derecho de defensa que le asiste.

Ahora bien, al configurarse el acto invalidante conforme al Art. 346 N° 5 y 7 Pr. Pn., se tiene como consecuencia la nulidad absoluta del acto, es decir, que debe de anularse el acto afectado por la irregularidad, ya que de esta manera desaparecen los efectos que habría producido o que estaba produciendo, impidiendo que siga afectando el proceso. Además del efecto inmediato, consistente en la anulación del acto viciado, la invalidez, en principio, debe extenderse a otros actos válidos en virtud de la relación de dependencia, fáctica o funcional que exista entre el acto ineficaz y el acto originariamente válido. Así lo contempla nuestra legislación, al establecer en el Art. 346 Inc. 2° Pr. Pn., en los numerales 5, 6, y 7 de la misma disposición legal, que se deberá declarar la invalidez del acto o diligencia en la que se haya producido la infracción y todos los conexos con estos, es decir, los actos posteriores que dependan de él.

Sin embargo, tal remedio procesal no debe ser aplicado indiscriminadamente, debiendo analizarse desde el punto de vista de la indefensión real y efectiva que con la conculcación de la garantía se haya producido.

En este caso, se determinó que el acto viciado se produjo al momento de desarrollarse la audiencia inicial y que el imputado detenido se enfrentó sin su

defensa técnica a los siguientes actos: primero: a ser objeto de una imputación sobre un hecho considerado ilícito; segundo, a tener por acreditada la posibilidad de la participación del encausado y la existencia de los hechos que se le atribuyen; y tercero: a analizar los principios del peligro de fuga y la apariencia del buen derecho que propiciaron el decreto de la medida cautelar de la detención provisional al enjuiciado.

En ese orden, para determinar el perjuicio real causado, se advierte que son tres las circunstancias en las que podría haberse visto vulnerado el derecho de defensa técnica, al seguir adelante con la celebración de la audiencia inicial sin la presencia de un defensor, a saber: rendir su declaración indagatoria, ofrecer prueba de descargo y la solicitud de salidas alternas al proceso. Aspectos que, a la luz de las incidencias procesales, se tiene que el imputado ejerció su derecho de defensa material en audiencia, al expresar su inocencia de los hechos que se le atribuían; además, se tiene que éste expresó su voluntad de no rendir la declaración indagatoria, tal como se evidencia […]. Sobre este último punto, consta a lo largo del proceso que el enjuiciado declinó de rendirla, aún y cuando ya gozaba de un defensor particular, entendiéndose que probablemente se debió a una estrategia de defensa.

A ese respecto, ilustrativas parecen las reflexiones del Tribunal Constitucional de España, el cual, en los proveídos 145/1990, 366/1993 y 110/1994 ha resuelto en casos con similares condiciones que: “un detenido imputado, a pesar de ser privado de su derecho a ser asistido de letrado, se niega a declarar, y tal actitud se mantiene posteriormente una vez que cuenta con abogado (...) habrá de tenerse como intrascendente aquella vulneración.”. (Sentencia citada por los autores José Luis Antón Blanco y José Manuel Marcos Cos, “Derecho Procesal Salvadoreño”, Pág. 590, Justicia de Paz, 2000.)

Siguiendo con el análisis de los puntos medulares, en los cuales pudo conminarse el derecho de defensa técnica del imputado […], se tiene además, que el indilgado ofreció como prueba de descargo los testimonios de […], la cual fue admitida por el Juez de Instrucción, tal como se establece […], como una manera activa de ejercitar las facultades que le otorga el proceso penal.

Por otro lado, en torno al decreto de detención provisional, se advierte que dicha medida -tal como ampliamente se conoce-, tiene como propósito asegurar la acción de la justicia y es de naturaleza temporal; de tal suerte, de que si bien en aquel momento supuso un menoscabo a la libertad ambulatoria de imputado, esta fue ratificada posteriormente […], por el Juzgado Segundo de Instrucción […], con la subsecuente observancia de todos los principios y garantías procesales, sin que se aprecie en las diligencias alguna propuesta de modificación por parte de su defensa, a pesar de que ésta fue nombrada […].

Cabe destacar, respecto de esa última circunstancia, es decir, sobre la referida medida cautelar, que actualmente pesa sobre los procesados una sentencia de condena, esto es que, como producto de la valoración judicial de diferentes medios probatorios legalmente ofertados y admitidos, y después de haberse efectuado un juicio público, con todas las previsiones legales, el juzgador tuvo por establecido el delito de Extorsión Agravada en grado de tentativa y la parti-

cipación de los endilgados en el mismo, situación que trae aparejada una pena privativa de libertad conforme al Código Penal.

Estas razones permiten a esta Sede concluir en la escasa relevancia que para los fines del proceso, representó la carencia de defensor técnico en la etapa inicial; pues no se ha configurado un perjuicio concreto con la entidad de afectar (con su efecto invalidante) la legalidad del procedimiento y de los demás actos conexos que fueron llevados a cabo en cumplimiento al debido proceso, sobre todo con la asistencia técnica que permitió tal ofrecimiento de medios probatorios y diversas solicitudes que denotan el ejercicio activo de su defensa hasta el estado actual del proceso.

Y es que, no debe de perderse de vista que el objeto de anular un acto viciado con nulidad, es darle resguardo a las formas procesales y a las garantías que dicha sanción procesal protege, por lo tanto, no es dable decretar la nulidad en sí misma, por el mero respeto estricto de la ley. De tal suerte, que para determinar cuando un acto es susceptible de ser invalidado, debe de verificarse los principios que informan este instituto procesal, entre los que se encuentra el principio de trascendencia, según el cual para que haya nulidad debe de indicarse concretamente el perjuicio sufrido por el acto irregular, ello quiere decir, que el acto procesal es válido si alcanza el fin previsto (PUPPIO, Vicente J., Teoría General del Proceso, 7a Ed., UCAB, Caracas, 2008, p. 428).

Por lo que al recapitular el vicio contenido en el presente caso, se advierte que si bien existe en el procedimiento un yerro, en la fase inicial de la Primera Instancia, que tuvo lugar en la audiencia inicial, (acto procesal, en el cual según el propio legisferante, el apersonamiento de las partes, tiene una importancia relativa, en el sentido de que la misma ley regula supuestos en los cuales el juez competente, puede resolver únicamente con la vista del requerimiento, denotándose que si bien como etapa procesal tiene su valor propio, este acto -salvo determinadas excepciones, no aplicables al presente caso-), no tiene la connotación procesal y legal suficiente para definir de manera categórica la situación jurídica de los encartados.

En virtud de lo expuesto, este Tribunal advierte que el perjuicio ocasionado por la falencia procesal del juzgado de paz, no tiene un efecto trascendente, pues el imputado, como ya se mencionó, no fue privado de ningún tipo de acción eficaz en pro de su defensa, por lo que al no verificarse un perjuicio efectivo proveniente del citado vicio, no es acertado decretar la nulidad del mismo, ello además en atención del principio de conservación del acto, pues, las actuaciones ulteriores, no se ven contaminadas en su eficacia procesal, ya que todos los estadios del proceso posteriores a la audiencia inicial, se han llevado a cabo bajo el amparo de todas las garantías constitucionales (Similar criterio sostenido en la decisión 336C2015 de fecha 06/01/2016).

Aunado a lo anterior, no debe perderse de vista, como ya se evidenció, que al inicio de la fase de instrucción […], el imputado […] nombró como su defensora particular a la licenciada […], siendo sustituida poco tiempo después por el actual profesional que lo representa, es decir, por el licenciado […], que fue nombrado el día […], y quien ha actuado en todas las diligencias procesales posteriores a su nombramiento, incluida la fase recursiva.

Por último, es necesario señalar, que la no de declaratoria de nulidad de la audiencia inicial, no implica una legitimación del acto defectuoso, puesto que esta Sala es del criterio que la legalidad debe de verificarse en cada etapa del proceso, siendo que toda autoridad jurisdiccional se encuentra obligada al acatamiento de las normas vigentes; sin embargo, por los motivos expuestos, esto es, por la falta de trascendencia del yerro y además en razón del principio de economía procesal, que conlleva a cavilar respecto de la innecesaridad de la anulación de un acto y de su consecuente reposición, que en nada cambiaría la situación jurídica del encartado, este Tribunal de Casación, debe de mantener indemne la decisión de Cámara, que declara sin lugar la nulidad alegada por el recurrente.

Por todo ello, debe confirmarse el fallo del Tribunal de Alzada, por medio del cual avala la sentencia condenatoria emitida en Primera Instancia, debiendo desestimarse el recurso gestionado por el Licenciado […], defensor particular de la procesada […], y el reclamo uno denunciado por el Licenciado […], defensor particular del imputado […], ya que, en el primero no existe la queja alegada, y en el segundo, si bien se aprecia un defecto procedimental éste no es de la entidad suficiente como para decretar su anulabilidad."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 402C2015, fecha de la resolución: 11/05/2016*

## DERECHO A RECURRIR

CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES

"Como se estableció en los párrafos relacionados supra, el recurrente aduce como motivo de casación la aplicación errónea de la ley y tratados internacionales Arts. 453 inc. 2° Pr. Pn., y 14.5 PIDC y P y 8.2 CADH. Como fundamento del reclamo el impetrante sostiene básicamente, que el tribunal de segunda instancia hizo un análisis riguroso con el propósito de interrumpirle el derecho que tiene el indiciado a una revisión integral del fallo, y que al discutirse en Cámara los intereses de las partes es imperioso que esta se despoje de todo ritualismo excesivo de inadmisión, al no ser tribunal de estricto derecho. Que en su inter lógico yerra el Ad- quem al manifestar que el impetrante no presentó el recurso dentro del término legal y se tomó el plazo de la apelación a partir de la última notificación realizada al incoado […]. El peticionario considera que la alzada fue presentada en el término legal y lo que existió fue un formalismo excesivo a efecto de agraviar el acceso a la justicia y vedar el derecho que se entre a conocer el fondo del recurso.

En ese orden, la Sala a efecto de corroborar la existencia del vicio, se remite al proveído de mérito y advierte que el tribunal de alzada fundamentó su decisión de inadmisibilidad en los Arts. 453 inc. 1 y 470 párrafo primero Pr. Pn., advirtiendo, que los recursos están sujetos a un plazo determinado, el cual es fijado por el legislador, y que en caso de apelación contra sentencias, la ley estipula un periodo de diez días para su interposición, siendo este un requisito formal objetivo y obligatorio.

En ese mismo sentido a fs. 22 frente la Cámara señala lo siguiente: "... en relación a la fecha en que la defensa técnica fue notificada de la lectura del fallo.., […] se encuentra el acta de entrega de sentencia, la cual fue llevada a cabo […], fecha en la cual se tuvo por notificada la sentencia, por lo cual a partir de dicho acto inicio el computo del plazo de diez días.. finalizando el mismo el […]... el abogado […] presentó la impugnación el […]... desde la fecha establecida como plazo máximo para la presentación del recurso han transcurrido sesenta y un días, como efecto de ello el escrito es extemporáneo..."(Sic).

Ante los planteamientos desarrollados, es necesario hacer la siguiente reflexión: Esta Sala ha considerado que el derecho a recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso, cuyo objetivo es la protección del derecho de defensa, por lo tanto, los recursos deben ser sencillos, eficaces, ágiles y accesibles, pues son una garantía mínima que se le otorga a toda persona contra la que se ha iniciado una acción penal. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia 2-VII-2004, Caso Herrera Ulloa, se ha pronunciado en los siguientes términos: "... que el Art. 8.2.h de la CADH dispone que durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior, posibilidad que debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tomen ilusorio este derecho..." (Sic)."

FINALIDAD DEL DERECHO DE DEFENSA

"En consecuencia, esta Sala es del criterio que no es viable imponer preceptos rigurosos y formalistas en cuanto a los requisitos que debe contener las vías impugnativas, como lo ha expresado en el proveído bajo referencia 36-C-2012 de fecha ocho de febrero de dos mil doce, mencionando lo siguiente: "... que en afán por des formalizar las exigencias legales de interposición y potenciar el acceso del recurso de casación a efecto de emitir un pronunciamiento por el fondo, dando vigencia al principio general de hacer justicia, se ha dicho, que las falencias meramente formales detectadas en los escritos recursivos, no deben ser consideradas como limitantes para el acceso de este medio impugnación, toda vez que de las razones esgrimidas se configure el agravio que de mérito para pronunciarse sobre el fondo del asunto reclamado…" (Sic).

Y agrega en el mismo pronunciamiento: "... en cuanto a los requisitos que debe contener el mencionado recurso, pues si del mismo se desprenden el cumplimiento a las condiciones de interposición, sus elementos esenciales, como son la impugnabilidad objetiva y subjetiva, y el agravio, al rechazarlo se le estaría otorgando un sentido diferente a las formas procesales exigidas para el recurso de apelación, lo cual a su vez, irá en contraposición a lo dispuesto en el Art. 15 Pr. Pn, que indica que las normas se interpretarán restrictivamente cuando limiten el ejercicio de un derecho o facultad conferida a los sujetos procesales...".

En consonancia con lo expuesto, esta Sala advierte que al verificar el cumplimiento de los presupuestos de impugnabilidad en el caso de autos, se corrobora que el imputado […], fue notificado de la resolución del Tribunal Quinto de Sentencia, el día […], iniciando el término para ejercer su derecho de recurrir el

día catorce de marzo de los corrientes y finalizando el día cuatro de abril de dos mil dieciséis (se extiende el plazo por vacación de Semana Santa), esta última fue la fecha en que el licenciado […] en calidad de defensor particular interpuso el recurso de apelación, por lo tanto, el procesado (quien estaba en término) utilizó la facultad de recurrir por medio del referido profesional.

En este sentido el derecho de defensa es una garantía constitucional, que tiene por finalidad otorgar al imputado seguridad jurídica ante vicios o arbitrariedades que se pueden suscitar en los fallos judiciales, controlando el poder punitivo del Estado; en este contexto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha estimado que las formalidades requeridas para la admisión de los recursos deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente, ya que la falta de garantía del derecho a recurrir del fallo impide el ejercicio del derecho de defensa que se protege a través de este medio y trae implícita la ausencia de protección de otras garantías mínimas.

Respecto de tal razonamiento, es importante señalar que esta Sala reconoce el principio de taxatividad y los requisitos de admisibilidad plasmados en la ley, con la salvedad que se deben flexibilizar en el marco de la legalidad, con el objeto de generar un mayor acceso a la justicia. En ese sentido el reclamo interpuesto por parte del licenciado […] ante el tribunal de segunda instancia, deberá ser admisible y por consiguiente, se ordenará la remisión de las actuaciones a la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, en virtud que no conoció del fondo del recurso invocado."

NOTIFICACIÓN DE SENTENCIA DE APELACIÓN AL IMPUTADO HABILITA A SU DEFENSOR PARA INTERPOSICIÓN DE LA CASACIÓN

"Ahora bien, es imperativo mencionar que esta Sala había sostenido como lineamiento jurisprudencial en proveído de fecha dieciséis de agosto de dos mil trece, dictado bajo referencia 97-C-2013, que el derecho del plazo para recurrir en casación, es uno de aquellos que la ley contempla como personalísimos y por tanto la notificación del imputado no habilitaba a su defensor plazo de interposición, sin embargo, tal circunstancia limita los derechos del imputado y no es consecuente con el Art. 15 Pr. Pn., que dispone: "Se interpretarán restrictivamente todas las disposiciones legales que coarten la libertad personal, las que limiten el ejercicio de un derecho o facultad conferida a los sujetos procesales o que establezcan sanciones disciplinarias" (Sic). Por consiguiente, se ha reconsiderado dicho criterio con el objetivo de fortalecer el acceso a las vías impugnativas."
*Sala de lo Penal, número de referencia: 266-C-2016, fecha de la resolución: 24/10/2016*

## DERECHO DE DEFENSA

AUSENCIA DE VULNERACIÓN CUANDO SE HA COMETIDO EL VICIO SEÑALADO, PERO NO SE ADVIERTE UN PERJUICIO REAL A LA PARTE QUE LO INVOCA

"Como se estableció en párrafos precedentes, quien recurre aduce como primer motivo por la forma, la inobservancia del derecho de defensa de los imputados […] En relación al defecto invocado, los impetrantes sostienen que la Cámara Seccional arbitrariamente no valoró el escrito de contestación del recurso de apelación, en el cual se desvirtúan los argumentos esgrimidos por la agente Fiscal bajo el fundamento que el licenciado […] no era defensor de los incoados, cuando estaba demostrado por medio de resolución del Juzgado de Sentencia con sede en […], que el día […], se tuvo como parte en calidad de defensor particular para actuar de forma conjunta o separadamente con el licenciado […]

Por otra parte, argumenta el peticionario que el Ad-quem interpretó que la defensa no hizo uso de su derecho de contestar el recurso de apelación interpuesto por el ministerio fiscal, cuando con fecha […] se presentó dicho escrito al tribunal antes mencionado y al no ser valorado por Cámara en su resolución, se ha violentado el derecho de defensa de sus representados.

En ese orden, la Sala a efecto de corroborar la existencia del vicio que se denuncia, se remite al proveído de mérito y advierte: […]

Ante lo expresado, se verifica a […] en resolución de fecha […] proveída por el Tribunal de Sentencia de Sonsonate, que se admite como defensor particular al licenciado […] cuando por auto interlocutorio se resuelve […]

En consecuencia, por la naturaleza del vicio alegado es necesario examinar los argumentos presentados en la contestación del recurso de apelación, el cual se fundamenta en que la parte fiscal pretendía hacer creer a la honorable Cámara que el señor juez de sentencia ha inobservado los principios lógicos de razón suficiente y derivación, argumentando que no valoró la deposición del testigo CAÍN. De acuerdo al peticionario este testigo es mendaz, pues en la vista pública negó conocer los nombres de los imputados, pero en su entrevista los mencionó, que jamás durante el juicio pudo demostrar que le conste de vista que su patrocinado […] fue quien le quitó la vida a las víctimas, por lo que CAÍN no es testigo directo sino de referencia. Que el testigo ABEL resulta poco o nada creíble, pues ha mentido en cuanto a la participación de sus patrocinados, pues los trata de introducir a la escena, ya que en su entrevista jamás los mencionó. Con respecto al testigo ESTRELLA es poco creíble, su deposición es ambigua, pues desde el inicio dijo que observó a cinco sujetos a bordo de la camioneta y que la misma tiene vidrios oscuros, cuando es imposible que el testigo podía notar cuantas personas se conducían en dicho vehículo y por esa razón solo describe a una de ellas.

Esta Sala denota que todo el fundamento del escrito de contestación de apelación, subyace en la declaración de los testigos, debiendo señalarse que en resolución de Cámara a partir del […] se manifiesta: […]

Cabe acotar que la inviolabilidad de defensa es reconocida como derecho fundamental en el Art.12 Cn.; y se desarrolla a lo largo del proceso, para el caso en los Arts.10 y 82 numeral 3 Pr. Pn., quedando comprendido en el tanto las manifestaciones ejercidas por el imputado, como los actos e intervenciones efectuadas por su abogado. No obstante lo anterior y pese a que el proveído contiene el error señalado por los reclamantes, es necesario mencionar: *"...que una nulidad procesal sólo se decreta cuando el vicio en que se incurre cause*

*Verdadera indefensión... el principio de nulidad por la nulidad misma no es de aceptación actualmente, pues inclusive admite la doctrina que una nulidad, aunque absoluta, si su declaratoria no envuelve ningún interés procesal, no debe efectuarse."* (Sic). Proveído de Sala, dictado el día diecisiete de octubre de dos mil doce, bajo referencia 425-Cas-2011, pronunciado bajo la vigencia del Código Procesal Penal derogado, pero aplicable al caso de autos, por mantenerse incólume el criterio sustentado en el mismo.

En ese orden de ideas, los formalismos procesales actualmente han variado en su connotación, pues al declarar una nulidad esta debe incluir ciertos parámetros como son: un interés procesal en la misma, el agravio a los derechos constitucionales de las partes y las posibilidades de saneamiento previsto por la ley. En el caso *subjudice*, Cámara argumentó que no se iba a pronunciar sobre el escrito presentado por el licenciado […], pero los razonamientos esgrimidos por parte del peticionario fueron desarrollados y contestados en la resolución del Ad-quem, pues, el vicio principal que se argumenta es la prueba testimonial sobré la cual la sentencia de Cámara ha sido enfática en mencionar su credibilidad y al realizar su análisis intelectivo se aprecia que está constituido por inferencias razonables deducidas de las probanzas y de la sucesión de conclusiones que en virtud de ellas se determinaron.

De tal forma que si bien no se trata de la eliminación de una causa de nulidad, ni de un supuesto de subsanación, al haber un parámetro de correlación en la contestación del emplazamiento y los puntos objeto de pronunciamiento en la sentencia, resulta un supuesto de carencia de interés en la declaración de nulidad, Pues los casos en que no se advierte un real perjuicio al derecho de defensa de la parte que invoca el vicio argüido, no habilita una respuesta formal carente de finalidad, por eso se ha decidido que aun y cuando se haya cometido el vicio, no resulta evidente un interés procesal para anular, pues resulta vana tal declaratoria; si los puntos alegados en el acto de contestación del recurso mediante la figura de emplazamiento, fueron objeto de pronunciamiento por el Ad- quem.

Debe indicarse además, que en materia de inobservancia, si el acto al cual no se le dio la connotación que correspondía o se vedó por un error de procedimiento su contenido o titularidad en cuanto al derecho, pero logra su finalidad, no puede interesar declarar su nulidad *"porque de haber sido perfecto hubiese tenido la misma consecuencia y, realmente el mismo habrá consolidado sus efectos ejerciendo la actividad relacionada con dicho acto..."* (Sic), Carlos Creus, Invalidez de los Actos Procesales Penales, pág. 89 párrafo 2°.

En consecuencia esta sede considera que de acceder al vicio denunciado, se avalaría una nulidad por nulidad pues, no repararía ningún perjuicio ya que el análisis de Cámara responde las inquietudes de los peticionarios en la contestación del recurso de apelación, al fundamentarse en el proveído un razonamiento amplio de la prueba testimonial. La anterior circunstancia no permite acceder a lo solicitado por las razones señaladas supra."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 87-C-2016, fecha de la resolución: 08/07/2016*

CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS

"El motivo admitido se refiere a denunciar dos errores de procedimiento, los cuales, de acuerdo al gestionante, producen la nulidad absoluta del proceso seguido en contra del imputado [...]. En primer término, se señala la vulneración del derecho de defensa, en su componente de asistencia letrada, generada por la convalidación del nombramiento de defensor de oficio realizado por la agencia fiscal, autoridad incompetente a tenor del Art. 101 N° 3 Pr. Pn., señalando, además, que esta designación se hizo de manera extemporánea, transcurridas varias horas del momento de la detención provisional.

En segundo término, se reprocha la violación del derecho a la libertad personal contemplado en el Art. 5 Cn., como resultado de la retención del señor [...], por los agentes investigadores de la División Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil durante catorce horas, sin existir causa razonable que justificase y sin tener la calidad de imputado, según el criterio del litigante, pues, éste afirma que no se le encontró ningún objeto ilícito en la requisa personal realizada aproximadamente a las dieciocho horas del día siete de marzo del año dos mil catorce, en la calle que conduce al caserío [...] del municipio de Pasaquina; por ende, debió ser puesto de inmediato en libertad, calificando lo sucedido como detención ilegal; además, indica que no se le proporcionó un abogado defensor mientras estuvo retenido, considerando que también se vulneró el derecho de defensa, en su dimensión de asistencia letrada.

Esta Sala considera que el motivo debe ser desestimado, conforme a los razonamientos que se expondrán en los párrafos subsiguientes.

2. Para dar exacta respuesta a las dos aristas del presente reclamo, es conveniente formular algunas reflexiones generales sobre ciertos conceptos directamente relacionados con los alegatos del impetrante. En particular, habrá de analizarse el instituto de la nulidad absoluta; además, se analizará el alcance de la figura de la retención, contemplada en el Art. 6, literal e) LRARD, y luego, se abordarán los presupuestos mínimos del derecho de defensa, en su dimensión de asistencia letrada, con una especial alusión al instituto del defensor de oficio.

En referencia a la nulidad absoluta, cabe indicar que ésta constituye una sanción prevista por el ordenamiento jurídico, para privar de efecto aquellos actos que vulneran los principios procesales básicos; así también, los que se han realizado en contravención de las normas esenciales de procedimiento y aquellos efectuados con infracción de los derechos y garantías fundamentales de la persona humana. Por su carácter de defectos insalvables, el legislador ha permitido que las referidas nulidades puedan ser declaradas aún de manera. oficiosa y en cualquier estado de la causa, de acuerdo al Art. 347, Inc. 1° Pr. Pn.

No obstante, la doctrina sostiene que la concepción moderna de la actividad procesal defectuosa excluye la declaratoria de la nulidad de manera automática y mecanizada; por lo tanto, aun cuando existan defectos de particular gravedad a los que se ha previsto la sanción de nulidad absoluta, se requiere evaluar si de manera efectiva se ha producido menoscabo en la esfera jurídica del sujeto procesal virtualmente afecto. Al respecto, conforme a consideraciones doctrinarias

que esta sede comparte, se ha sostenido que: “La exigencia del interés cubre, también la posibilidad de declarar la nulidad absoluta; tampoco cuando de ella se trata es admisible declarar la nulidad por “la nulidad misma”; para hacerlo el vicio del acto tiene que haber interferido en los fines del proceso, y en el penal radica allí — básicamente — el interés para producir la declaración” (CREUS, C., Invalidez de los actos procesales penales, Editorial Astrea, Bs. As., 1997, P. 57).

En el mismo sentido que la doctrina citada, el legislador estableció en la parte final del primer inciso del Art. 345 Pr. Pn. que: “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”. De igual manera, esta sede en decisiones anteriores, ha sostenido que es un requisito legal indispensable que la ley para anular cualquier tipo de actividad procesal defectuosa que se identifique un agravio al sujeto que la alega o en cuyo favor se ha establecido, dado que las formalidades procedimentales sólo tienen sentido si aseguran la aplicación efectiva de los principios que rigen el debido proceso (Cfr. Sentencia de casación Ref. 211-CAS-2006, de fecha 19/02/2007).

Dentro de las diversas causales que han sido contempladas por el legislador como supuestos que generan nulidad insubsanable, se encuentra las señaladas en los Art. 346, N° 5 y 7 Pr. Pn., que literalmente prescriben: “5) Cuando no se hubiera proveído de defensor al imputado detenido en los términos expresados en este Código...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”.

DIFERENCIA ENTRE RETENCIÓN Y DETENCIÓN

“3. En lo tocante al instituto de la retención, cabe mencionar que el Art. 6 literal e) LRARD, precepto que faculta a la Policía Nacional Civil a realizar requisas personales e inspecciones corporales en la indagación de los ilícitos contra la salud pública; del mismo modo, le permite “retener o detener” por un plazo máximo de setenta y dos horas, a las personas a las que se les encuentre indicios de participación como resultado de estas diligencias de investigación.

Respecto al precepto antes mencionado, este tribunal aclara que no se trata de una confusión o repetición innecesaria del legislador, pues, la detención y la retención son figuras distintas como se ha establecido en decisiones anteriores. En cuanto al concepto jurídico de detención se ha sostenido que consiste en: “la privación de libertad de las personas de modo inmediato y si se quiere sorpresivo, teniendo su justificación procesal ante la urgencia de las investigaciones y el aseguramiento de las pruebas; de ésta, se deriva, que pueda ser comprendida en sentido amplio o estricto, entendiéndose por la primera, al hecho de aprender y el quedar privado de libertad, siendo posible su duración hasta que se defina la situación jurídica del mismo, y la segunda, supone que se efectúe por orden de la autoridad o por fundada sospecha de participación” (Sentencia de casación Ref. 498-CAS-2006, dictada el 20/01/2010). Por su parte, el concepto de retención ha de entenderse como una manifestación transitoria y brevísima de privación de li-

bertad, cuya justificación se encuentra en el interés público, cuando exista fundada sospecha del cometimiento flagrante de una conducta delictiva (Cfr. Ibídem).

En abono de lo apuntado, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al controlar eventuales transgresiones al derecho de libertad física mediante el proceso de exhibición personal, ha aclarado que no existe vulneración a este derecho fundamental en los supuestos de retención en sede policial con objeto de esclarecer un hecho punible, cuando se cumplan ciertos parámetros de razonabilidad. Al respecto, la sede constitucional ha establecido que: "retener o inmovilizar a una persona o conducirla a las dependencias policiales con fines de averiguación, cuando se tenga conocimiento que con posibilidad ha participado en un hecho delictivo, no genera vulneración al derecho de libertad física o personal de quien sufre la retención, ya que su derecho queda intacto tras la práctica de la investigación, siempre y cuando, el tiempo de duración de la retención sea el mínimo necesario para realizar la diligencia policial, tiempo que dependerá, claro está, de las particularidades propias de cada caso." (Sentencia de hábeas corpus Ref. 216-2007, emitida el 15/04/2008).

En ese sentido, se ha venido sosteniendo en la jurisprudencia constitucional, que la Policía Nacional Civil, en el marco de su función para la investigación y represión de las conductas punible, se encuentra facultada para realizar una momentánea paralización en la actividad cotidiana de la persona, sin que ésta entrañe una restricción de libertad ni atenta contra el derecho de libertad física, siempre y cuando se realice durante el tiempo mínimo imprescindible para cumplir con la finalidad de recopilar datos objetivos y suficientes para realizar una imputación (Cfr. sentencia de hábeas corpus Ref. 85-2010, dictada el 25/08/2010)."

CONCEPTO

"4. En cuanto al derecho de defensa, éste ha de ser comprendido como una exigencia esencial en todo proceso judicial, y específicamente en el enjuiciamiento penal, a tenor de lo dispuesto en los Arts. 11 y 12 Cn., 14.3 literal d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 8.2 literal d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); 10 y 95 Pr. Pn. En ese sentido, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha reflexionado en torno al ejercicio de este derecho, sosteniendo que el concepto de defensa, a la luz de la norma suprema, implica: "la posibilidad de participar en un proceso informado, entre otros, por el principio de contradicción, en el que las partes puedan ser oídas en igualdad y utilizar las pruebas pertinentes en su defensa, de modo que no se les impida aproximar al juez el material probatorio que consideren adecuado para tal fin. Esta actividad procesal de parte se corresponde con la obligación del juez de procurar que no se genere indefensión en ninguna de sus fases y para ninguna de las partes." (Sentencia de amparo Ref. 670 — 2010, de fecha 08/01/2014).

DIMENSIONES EN EL ÁMBITO DEL PROCESO PENAL

"Aunado a lo expuesto, este tribunal ha establecido que este derecho se manifiesta en dos modalidades o dimensiones en el ámbito del proceso penal, como

son la defensa material y la defensa técnica, cuyo alcance es el siguiente: "La primera atañe a las facultades cuyo ejercicio compete al mismo imputado en el proceso, tal como su derecho a ofrecer prueba directamente, negarse a declarar, o, en caso contrario, aportar su propio relato de los hechos, donde el acusado es libre de suministrar información o datos que le favorezcan. La segunda, presupone la asistencia de un abogado que interviene en el proceso en representación y tutela de las pretensiones del acusado. Es en este ámbito, donde la defensa técnica se erige como una garantía fundamental rodeada de algunas variantes, precisamente llamadas a salvaguardar su eficacia" (Sentencia de casación Ref. 570-CAS-2010, dictada el 03/03/2014)".

DEFENSA TÉCNICA O ASISTENCIA LETRADA

"En relación a la defensa técnica o asistencia letrada, este tribunal indica que la finalidad buscada por los preceptos legales que consagran este instituto, es permitir que la persona procesada, que por regla general no tiene conocimientos jurídicos, pueda hacer valer los derechos y garantías que le reconoce la legislación vigente, así como exponer de manera adecuada los argumentos que estime convenientes a su interés procesal, mediante el consejo y orientación oportuna de un experto en derecho que le asista frente a la actividad del aparato estatal de investigación y prosecución del delito.

En cuanto al momento oportuno para hacer valer el derecho a asistencia letrada, por expreso mandato legal, es obligatorio nombrar a un abogado defensor desde el momento que la persona acusada ha sido detenida. Además, en la normativa procesal penal vigente, se ha establecido que la calidad de imputado, conforme al Art. 80 Pr. Pn., puede adquirirse de manera previa a la detención o el planteamiento del requerimiento fiscal, cuando una persona determinada sea señalada, mediante cualquier acto del procedimiento, como autor o partícipe de un hecho punible. En ese sentido, este tribunal ha reflexionado en asuntos conocidos con anterioridad sobre el alcance de esta disposición legal, comentando que: "el señalamiento surge mediante la interposición de cualquier acto del procedimiento, a saber, conocimiento de oficio del hecho punible, denuncia, querella o aviso" (Sentencia de casación Ref. 9C2012, de fecha 29/02/2012), permitiéndose que las personas a quienes se les atribuya un delito, participen inclusive en las diligencias iniciales de investigación (Ibídem), siendo factible que reciba asistencia letrada desde la referida etapa, si la persona indiciada lo solicita.

Es oportuno resaltar que la legislación adjetiva, en concordancia con lo preceptuado en las normas internacionales de derechos humanos, prevé que el abogado defensor sea libremente elegido por el imputado, a efecto que goce de la plena confianza de éste (Arts. 10 y 95 Pr. Pn.), denominándose en este supuesto como "defensor particular". Ahora bien, cuando el encartado no realice esta designación y ya se encuentre detenido, es obligatorio proceder al llamamiento de un defensor público, proporcionado por la Procuraduría General de la República (Arts. 98 y 101 Pr. Pn.).

Adicionalmente, en el caso que sea imposible nombrar un defensor público, el legislador previó la posibilidad extraordinaria de que se designe a un "defensor

de oficio", conforme al Art. 101 Inc. 3° Pr. Pn.; aclarándose que se trata de un abogado en el libre ejercicio profesional, llamado por el juez para ocuparse de la defensa de una persona acusada, previa comprobación del agotamiento de las posibilidades desarrolladas en el párrafo precedente y luego de haber consultado la conformidad del imputado con el nombramiento propuesto."

AUSENCIA DE VULNERACIÓN EN LA FALTA DE NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR TODO EL TIEMPO QUE DURA LA RETENCIÓN DE UN IMPUTADO

"5. A efecto de seguir el orden lógico de la ocurrencia de los defectos alegados en el presente proceso, es conveniente abordar de manera prioritaria la supuesta detención ilegal que denuncia el recurrente, quien afirma en el escrito casacional que el señor [...], fue privado de libertad de manera contraria a derecho durante catorce horas por los investigadores de la Policía Nacional Civil, tiempo en el cual no se le permitió recibir asistencia letrada. En el entendimiento del promovente, esta incidencia produjo una grave vulneración de los derechos de libertad física y defensa del indiciado que irradia sus efectos a todos los demás actos del proceso.

Ahora bien, a la luz de los criterios expuestos en el fundamento jurídico número 3, se procede a evaluar la actuación de los agentes policiales en lo referente a la retención del indiciado. En ese orden, al examinar lo consignado en el acta de detención (Fs. 35, pieza 1) y vincularlo con las declaraciones testimoniales de los agentes captores que constan en la motivación descriptiva de la resolución de primera instancia (Fs. 916 a 919, pieza 5), este tribunal contempla que el señor [...], fue retenido a las dieciocho horas y diez minutos del día siete de marzo del año dos mil catorce, en el marco de un procedimiento policial originado a partir de datos proporcionados por medio de una llamada telefónica de un informante anónimo, quien describió una- operación de transporte internacional de sustancias ilícitas en el sector fronterizo del municipio de Pasaquina.

En concreto, cuando los agentes investigadores de la División Antinarcóticos se desplazaban por el camino que conduce al caserío El Nance del municipio antes mencionado, visualizaron- a un grupo de-seis personas, los que adoptaron una actitud sospechosa al intentar alejarse corriendo cuando advertieron la presencia policial en aquel lugar. En vista de ello, los agentes procuraron dar alcance a estas personas, logrando intervenir a los señores [...] y [...]. Es conveniente destacar, que en aquel momento, los policías no estaban buscando a ciertas personas nítidamente identificadas, sino que habían desplegado una actividad de índole preventiva, en atención a los datos recibidos mediante la aludida llamada telefónica en la que se indicaba la probable comisión de un hecho ilícito contra la salud pública en aquella zona, aspecto de capital importancia, ya que implica que el señor [...], no tenía la condición de sindicado, por no haber sido objeto de señalamiento directo hasta ese momento.

El contexto antes descrito, permite comprender que a pesar de que no se le encontraron objetos ilícitos al ser intervenido y sometido a requisa personal, los agentes policiales infirieron que podía existir un probable vinculo con las personas que habían huido del lugar y que éstas eventualmente podían ser partícipes

del delito que se investigaba; por tanto, es razonable que hayan dado aplicación a la figura de la retención, esto es, la paralización momentánea en la actividad cotidiana del señor [...], conforme a lo dispuesto en el Art. 6 literal e) LRARD.

Este tribunal advierte que el señor [...], estuvo retenido por espacio de catorce horas, concluyendo esta situación hasta las ocho horas y treinta minutos del día siguiente, cuando fue detenido de manera formal. No obstante, cabe entender que de acuerdo a las circunstancias particulares del caso, en criterio de esta Sala, la retención no se prolongó de manera excesiva ya que fue el tiempo necesario para localizar a las demás personas que habían huido ante la presencia policial, hecho que se logró a las cero horas y treinta minutos del día ocho de marzo de dos mil catorce, en el cementerio municipal de Pasaquina, encontrándose sustancias con apariencia de drogas ilícitas. Luego de haber sido aprehendidas estas personas, se esperó la llegada de los técnicos que efectuaron una prueba de campo de las sustancias incautadas (aproximadamente a las cinco horas de ese mismo día) y al confirmarse la naturaleza ilicita de éstas, las siete personas aprehendidas fueron conducidas hasta las oficinas policiales de la Frontera El Amatillo, lugar donde se levantó el acta de detención y se les hicieron saber sus derechos como imputados. Además, es evidente que existen dificultades de desplazamiento inherentes a las horas nocturnas en que acaecieron los hechos en comento.

En cuanto a que el imputado [...], no fue asistido por un abogado defensor durante el tiempo que permaneció retenido, este tribunal considera apropiado razonar sobre la naturaleza de las diligencias de investigación realizadas de manera previa a la formalización de la pretensión punitiva del Estado contra una persona. Al respecto de este punto, esta sede ha sostenido en decisiones anteriores: “los actos iniciales de investigación policial son actuaciones de naturaleza administrativa que se realizan en una etapa preprocesal con la finalidad de confirmar la noticia del delito...impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los instrumentos y efectos del delito; recolectar aquellos elementos de prueba cuya pérdida se ha de temer; identificar y, en su caso, la captura de los posibles responsables del delito, autores y participes” (Sentencia de casación Ref. 202-CAS-2011, de fecha 12/10/2011).

Aunado a lo anterior, este tribunal ha considerado en asuntos abordados previamente, que en la referida etapa de diligencias iniciales, cuando aún no se ha realizado un señalamiento directo contra algún individuo determinado, las garantías constitucionales y legales estatuidas a favor de la persona imputada aún no han alcanzado su esplendor (Sentencia de casación Ref. 9C2012, de fecha 29/02/2012).

Este tribunal considera que durante las horas que estuvo retenido, el señor [...] no había sido objeto de señalamiento directo como autor o partícipe de un hecho punible, lo que le daría la calidad de imputado; sino que se mantuvo bajo esta medida de aseguramiento por el tiempo indispensable para ubicar a las personas que lo acompañaban al momento de intentar evadirse de los agentes policiales, y posteriormente verificar la naturaleza ilícita de las sustancias incautadas a éstas. Precisamente, al agotar tal comprobación, se procedió a detener al señor [...] haciéndole saber los derechos que le asisten como procesado, in-

cluyendo el derecho irrenunciable a asistencia letrada. Para esta Sala, no era imperativo que se le proporcionase un abogado defensor en el espacio de momentánea paralización o retención, pero si desde el momento de efectuarse la detención (Cfr. Sentencia de hábeas corpus Ref. 85-2010, de fecha 25/08/2010). Por lo expuesto, no se aprecia una vulneración a los derechos fundamentales de defensa y libertad personal que genere la nulidad absoluta de las actuaciones."

NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR DE OFICIO NO FORMA PARTE DE LA COMPETENCIA DEL ÓRGANO AUXILIAR EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO

"6. En lo tocante al cuestionamiento relativo a la convalidación del nombramiento de defensor por autoridad incompetente, el recurrente afirma que no se proveyó de defensor a los imputados en las condiciones legales de tiempo y forma. De manera particular, resalta que el defensor de oficio fue designado por la Fiscalía General de la República, autoridad que no tiene competencia para realizar tal función. No obstante, reprocha que la Cámara haya arribado a la conclusión que no se les había causado indefensión basándose en las gestiones realizadas ante la Procuraduría General de la República, obviando que se debieron agotar otras posibilidades como solicitar al Juez de Paz que se encontrase de turno que hiciera el llamamiento a un defensor de oficio, para no transgredir "una ley expresa y terminante". A la vez, reclama que el nombramiento se realizó excediendo el término legal de doce horas, quedando los imputados sin defensor en las diligencias de "registros, experticias físico químicas, decomisos y allanamientos en las viviendas de los imputados" (sic).

Al revisar las actuaciones del presente asunto, se vislumbra que los siete imputados fueron detenidos a las ocho horas y treinta minutos del día ocho de marzo del año dos mil catorce, posterior a haber realizado una prueba de campo en la que se determinó que las sustancias incautadas tenían orientación positiva a cocaína y marihuana. En aquel momento, se les hizo saber a los indiciados sobre los derechos que les asisten conforme a la Constitución y la ley adjetiva, sin que en ese momento nombrasen a un abogado de su confianza como defensor particular, ya que todos manifestaron que carecían de recursos económicos para el pago de honorarios (Fs. 21 a 25, pieza 1).

Ante la ausencia de este nombramiento, a las dieciocho horas de esa misma fecha, el agente [...], de la Policía Nacional Civil se apersonó a la Procuraduría Auxiliar de la ciudad y departamento de La Unión, a solicitar que se proporcione asistencia legal a los procesados, pero dicha oficina ya se encontraba cerrada, y al marcar el teléfono institucional no se obtuvo respuesta; cuatro horas después, el mismo agente volvió a presentarse en la mencionada oficina, para solicitar que se designara un defensor público con el objeto específico de presenciar los registros con prevención de allanamiento ordenados por el Juez Especializado de Instrucción de la ciudad de San Miguel en las viviendas de los tres indiciados, sin encontrar a persona alguna en dicha oficina que pudiese atender la urgente petición. Ante esta incidencia, se visualiza que de inmediato, se levantó acta suscrita por los procesados y por el agente policial mencionado, en la que se nombraba al licenciado [...] como "defensor de oficio" de los acusados (Fs. 35, pieza 1).

Ahora bien, este tribunal considera que ante la circunstancia de que ninguno de los indiciados nombrase defensor particular en el momento de la detención, lo procedente era solicitar que se les proporcionara un defensor público, como efectivamente lo hicieron los agentes policiales, que en ese momento actuaban bajo dirección funcional y supervisión de la agencia fiscal. Sin embargo, por estar cerradas las oficinas departamentales de la Procuraduría General de la República, fue imposible contar con un abogado de esta institución; y al mismo tiempo, dado que las diligencias de registro con prevención de allanamiento de las viviendas de tres de los procesados debían realizarse de manera urgente para lograr asegurar y recolectar eventuales rastros del hecho punible, se comprende que se habían cumplido los presupuestos básicos que habilitan la posibilidad extraordinaria de designar un defensor de oficio.

No obstante, por expresa provisión legal, este nombramiento corresponde a la autoridad judicial y no a los representantes fiscales o a los investigadores de la Policía Nacional Civil, deduciéndose que el legislador ha determinado que sea el juzgador como garante de la legalidad procesal investido de las cualidades de independencia e imparcialidad; ya que es evidente que la persona sindicada podría tener razonable desconfianza hacia un abogado defensor que haya sido convocado al proceso por iniciativa de la parte acusadora.

No escapa al entendimiento de esta sede, que la incidencia en análisis ocurrió en el marco de la urgente actividad de identificación y recolección de los rastros del hecho ilícito, cuando aún los encartados no habían sido puestos a disposición de un tribunal. No obstante, esta Sala estima que, por lo menos, era apropiado informar de las circunstancias extraordinarias ocurridas en el subjúdice, al Juzgado Especializado de Instrucción de la ciudad de San Miguel, sede que había ordenado los registros con prevención de allanamiento en las viviendas de tres de los siete acusados, a efecto que ese despacho judicial nombrase al letrado de oficio que asistiese a los imputados; por lo tanto, se identifica una inexacta aplicación de la ley adjetiva, al asumir un agente policial la iniciativa de proponer la designación del licenciado [...] como defensor de oficio, cuando a tenor de las disposiciones legales dicha atribución no forma parte del ámbito de competencia de los integrantes del órgano auxiliar de la investigación del delito. Por lo tanto, es oportuno dejar señalada esta irregular actuación, a efecto de evitar que se repita en casos futuros."

"A pesar de lo expuesto, este tribunal considera que el defecto apuntado no llegó a producir indefensión ni perjuicio real en la esfera jurídica de los indiciados, pues, como lo indicó la Cámara sentenciadora, consta en la respectiva acta que los siete encartados prestaron expresa conformidad a la designación del citado profesional. Además, el propio recurrente no pone en duda que el desempeño del licenciado [...] se atuvo a los parámetros legales, ni le atribuye incorrección alguna en su actuación que haya generado afectación a los intereses de los acusados.

Aunado a ello, se advierte que en la audiencia especial de imposición de medidas cautelares celebrada ante el Juez Especializado de Instrucción de San Miguel, el día trece de marzo del año dos mil catorce, los procesados [...], manifestaron de manera libre y espontánea que nombraban al licenciado [...] como defensor particular a partir de ese momento procesal (Fs. 175 y 176, pieza 1).

De lo antes indicado, se puede deducir que el referido abogado fue considerado como competente y confiable por el indiciado [...], a favor de quien recurre el licenciado [...]. Entonces, es factible concluir, como acertadamente lo señaló la Cámara sentenciadora, que no se ha producido indefensión ni perjuicio concreto en la esfera jurídica del indiciado. Por el contrario, la finalidad buscada por las normas que regulan el derecho de defensa, en la modalidad de asistencia letrada, se ha visto cumplida en el asunto en discusión, ya que, el imputado Rosales fue asistido por un profesional jurídico de su entera confianza."

RETRASO EN EL NOMBRAMIENTO DEL DEFENSOR NO TIENE TRASCENDENCIA ANULATORIA CUANDO NO SE REALIZAN ACTOS PROCESALES QUE REQUIERAN DEFENSOR

"En cuanto al alegato de nombramiento extemporáneo del defensor, este tribunal considera que ha de ser desestimado, ya que el plazo de doce horas que se menciona, a tenor literal del inciso segundo del Art. 98 Pr. Pn., se refiere al tiempo máximo que se otorga a la Procuraduría General de la República para proporcionar un defensor público, desde el momento que ha sido recibida la solicitud de asistencia legal a un imputado detenido.

El mandato legal aplicable en las circunstancias detalladas en el presente asunto, es el contemplado en el inciso primero del Art. 98 Pr. Pn., es decir, que se solicite la provisión de un defensor público al procesado detenido "de inmediato", cuando éste no designe a un abogado de su elección al momento de ser detenido. En ese sentido, era imperativo gestionar la asistencia de defensor público, desde que los imputados fueron detenidos y expresaron que carecían de recursos para contratar un abogado particular, situación que se produjo a las ocho horas y treinta minutos del día ocho de marzo del año dos mil catorce; mientras que, fue, hasta las dieciocho horas de ese mismo día que se hizo presente un agente policial a requerir la presencia del defensor público en las oficinas de la Procuraduría General de la República. Es manifiesto, entonces que se incurrió en un retraso de varias horas para presentar esta solicitud a la referida institución.

No obstante, este retraso no tiene trascendencia anulatoria, ya que, durante ese intermedio de tiempo no se realizó ningún acto procesal que requiriese necesariamente la presencia de defensor y fue en horas de la tarde y noche del día antes mencionado, ante la autorización judicial para realizar las diligencias de registro con prevención de allanamiento a las que ya se hizo alusión, cuando se hicieron las gestiones para proveer de defensor a los imputados. Es conveniente resaltar que no se prosiguió con esta actividad investigadora, hasta que se contó con la presencia de un abogado que asistiera a los indiciados.

Consiguientemente, no se aprecia la configuración de un perjuicio a los imputados por la defectuosa aplicación de la ley adjetiva en cuanto al nombramiento del defensor de oficio. Por lo tanto, ha de desestimarse la petición de declaratoria de nulidad formulada por el gestionarte, respecto a las irregularidades señaladas en este apartado."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 22C2016, fecha de la resolución: 07/06/2016*

## DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN Y A LA IMPUGNACIÓN

CONSIDERACIONES CONCEPTUALES

"1.- Inicialmente, corresponde efectuar algunas breves apreciaciones conceptuales sobre los fundamentales derechos de acceso a la justicia y a la impugnación; y en seguida, lo esencial del punto alegado.

Ciertamente el proceso penal está revestido de una serie de garantías, tanto genéricas como específicas, diseñadas con el objetivo de otorgar un marco de seguridad jurídica a los sujetos que se encuentran inmersos en la relación procesal y, asimismo, establecer un límite al poder punitivo estatal, de manera que se propicie un equilibrio entre la verdad del juicio, los derechos fundamentales de los imputados y de las víctimas. A propósito de las citadas garantías genéricas, cabe aclarar que éstas se comprenden como las reglas constitucionales que no restringen sus efectos a determinadas etapas del procedimiento, si no que están presentes en todo este devenir, abarcando aún la fase recursiva. Aquí figuran, entre otras, el acceso a la justicia, litigio sin dilaciones indebidas, imparcialidad judicial, derecho a la defensa y presunción de inocencia, prohibición a la múltiple persecución, etc.

Concretamente, el derecho primario del acceso a la jurisdicción o la justicia se ha construido sobre la base de la obligación de protección reseñado en el Art. 2 de la Constitución de la República, igualmente, se considera como un derecho humano contenido en los instrumentos internacionales, verbigracia, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Éste supone no solo la posibilidad de abocarse a tribunales con la finalidad de plantear un conflicto que deba ser resuelto, sino también el derecho a recibir una resolución clara y motivada tanto fáctica como jurídicamente, que ponga fin al litigio que dio nacimiento al proceso penal. En ese entendimiento, compete a los jueces y tribunales tramitar y resolver las pretensiones y recursos, con el propósito de constituir la responsabilidad, si la hubiere, así como en el caso de los medios impugnaticios, subsanar los defectos, evitando su rechazo por formalismos, ya que se parte de la idea que el proceso es el instrumento para hacer efectivo un derecho."

CONSIDERACIÓN DOCTRINARIA SOBRE EL ACCESO A LOS RECURSOS LEGALMENTE ESTABLECIDOS

"Ahora bien, como consecuencia de esta facultad de acudir a la justicia, se concede a los sujetos también la potestad de controlar la actividad jurisdiccional a través del ejercicio del derecho a la impugnación, mediante el cual se pretende subsanar cualquier equívoco u omisiones, y regular el procedimiento que ha sido encomendado a cada instancia, todo ello sin afectar la igualdad procesal o desatender el cúmulo de garantías que componen el debido proceso; pues es claro que la falibilidad humana no es ajena a los operadores de justicia, en tanto que en la concreta apreciación de los hechos o del derecho puede existir un equívoco.

A nivel doctrinario, el acceso a los recursos legalmente implantados se comprende como: "derecho de obtener de los órganos judiciales competentes a través de los procedimientos legalmente establecidos, una resolución fundada en derecho a las pretensiones formuladas ante los mismos, siempre que se cumplan y respeten los presupuestos, requisitos y limites que la propia ley establezca. La inadmisión del recurso no debe fundarse en causa inexistente o a través de una interpretación irracional o arbitraria." (Sic.), según la obra "DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES" de Rubio Llorente Francisco. Edit. Ariel, Barcelona, 1995, P. 268.

A propósito de estas facultades impugnaticias, los Arts. 452 y siguientes del Código Procesal Penal, regulan el sistema de recursos, figurando dentro de este amplio espectro el de apelación, que puede comprenderse como el medio de impugnación ordinario, cuyo objeto consiste en lograr que un tribunal superior en grado al que dictó la resolución impugnada, tras un nuevo examen tanto de las cuestiones de derecho como de las de hecho, y en la medida de los agravios articulados, disponga la revocación o la nulidad de aquélla así como, en su caso, la de los actos que la precedieron. Doctrinariamente se define como "el medio ordinario a través del cual una de las partes o ambas, solicita que un tribunal de segundo grado examine una resolución dictada por el juez que conoce en primera instancia en un proceso, expresando sus agravios al momento de interponerlo y con la finalidad de que el superior jerárquico corrija sus defectos in procedendo o in iudicando, logrando su modificación, revocación o anulación" (Sic.) (Op. Cit., P. 388).

Se trata entonces de un derecho subjetivo de las partes, para la revisión integral del fallo y obtener justicia en el caso concreto."

INCUMPLIMIENTO DE LOS MÍNIMOS REQUERIMIENTOS DEL ACTO PROCESAL RECURSIVO PROVOCA LA INADMISIBILIDAD DEL MISMO

"La ley adjetiva, en concordancia con esta visión, ha establecido una serie de requisitos y presupuestos que el apelante necesariamente tiene que cumplir para la interposición y sustanciación a efecto de la prosperidad del recurso. Sin embargo, el Tribunal de Alzada evitará que esas exigencias formales, obstaculicen de una manera excesiva las garantías a las cuales se hizo referencia anteriormente.

Al ubicarnos concretamente en el planteamiento de la Alzada, los artículos 468 y siguientes del Código Procesal Penal, disponen los límites objetivos, vinculados a las decisiones que pueden ser impugnadas; los subjetivos -comunes a todos los recursos- respecto de la legitimación, la necesidad de agravio e interés y finalmente, también los que se refieren a las formas legalmente requeridas para su admisión.

Al detenernos en la última exigencia, el de la estructura que cumplirá este memorial; los Arts. 469 y 470 del Código Procesal Penal, señalan que la apelación presentará de manera clara y concreta el error en que incurrió el tribunal de primera instancia al proferir su resolución, cuya existencia se considera que afectó decisivamente el fallo dictado, es decir, la denominación del equívoco que

se conoce doctrinariamente como nomen iuris; tratase de una inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva o material; asimismo, deberá estar acompañada necesariamente de aquella argumentación o reflexión que permita al tribunal, conocer sobre la supuesta falla o la incorrecta intelección al sentido del precepto discutido o su falta de aplicación; explicando cómo tal violación errada incidió en el resultado de la causa, se expone aquí, además, la aplicación que se pretende y se argumenta la solución jurídica que corresponda adoptar, todo ello, en términos claros y precisos. De esta manera, si el acto procesal recursivo incumple estos mínimos requerimientos, surge la inadmisibilidad como la sanción procesal que impide al tribunal superior conocer sobre el fondo del asunto.
*Sala de lo Penal, número de referencia: 243C2015, fecha de la resolución: 15/03/2016*

## DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN

COMPETENTE EL TRIBUNAL CASACIONAL PARA CALIFICAR Y DECIDIR SOBRE EL MISMO

"2.- Ahora bien, en cuanto a la solicitud de desistimiento del recurso de casación y que fue resuelto por el tribunal de segundo grado, se hacen las siguientes acotaciones:

a) Conforme a las diligencias, consta que el día dieciséis de diciembre de dos mil quince, el licenciado [...], defensor particular del imputado [...], inconforme con lo resuelto por la Cámara de la Primera Sección de Oriente, San Miguel, interpuso el respectivo recurso de casación. No obstante, el día ocho de enero del presente año, el mismo abogado presenta un nuevo escrito, requiriendo al referido tribunal que no continuara con el trámite de la Casación que interpuso, por estimar que no era viable su procedencia; y que por mandato expreso del imputado que representa se tuviera por desistido dicho recurso, razonando que ya no era de su interés algún pronunciamiento de fondo por esta Sala. Por su parte, la Cámara remitente mediante auto del día once de enero del corriente año resolvió tener por desistido el memorial recursivo propuesto.

b) De una interpretación sistemática de los Arts. 453, 458, 483 y 484 del Código Procesal Penal, se obtiene que el tribunal o juez cuya resolución se impugna a través del recurso de casación, tiene una facultad restringida frente a la interposición de tal recurso, pues el legislador ha previsto que únicamente le corresponde realizar los actos de comunicación correspondientes (emplazamientos), y una vez finalizados los mismo, remitir —sin ulteriores trámites-, el recurso y las diligencias procesales respectivas a las sede de casación para su examen y decisión final del mismo.

c) En el caso de autos, este tribunal advierte algunas inconsistencias en el trámite y la disposición que adoptó la Cámara respecto de la petición formulada por el licenciado [...].

La primera, se circunscribe a la petición que hiciera el abogado recurrente, pues conforme al Art. 458 Pr. Pn., es potestad de las partes declinar de los

recurso deducidos por ella; sin embargo, cuando se trata de un recurso a favor del imputado, la ley dispone que: *"para desistir de un recurso, el defensor deberá tener mandato expreso de su representado",* aspecto que se suple con un breve escrito firmado por el procesado mediante el cual autoriza a su defensor para efectuar dicha petición. En este asunto, no consta evidencia alguna que el procesado [...], haya facultado expresamente a su abogado para gestionar el desistimiento del recurso interpuesto a su favor; de manera tal, que la petición formulada por el referido profesional está incompleta, a pesar de que en su escrito el impetrarte manifestó que la solicitud obedecía a instrucciones precisas de su mandante.

Respecto a este tema, la Sala ha expresado que la exigencia comentada, es decir, el *"mandato expreso"* que el litigante presenta cuando quiere desistir del recurso incoado a favor del imputado, constituye un: *"requerimiento que ha dispuesto el legislador para salvaguardar la intencionalidad del imputado, debiendo introducir el abogado además de la solicitud de desistimiento, un escrito anexo donde* el *indiciado exteriorice su voluntad de ya no continuar con la tramitación del recurso".* (Ver. Ref. 35C2014 del 15/05/2014). En el mismo orden de ideas, ha considerado este Tribunal, que en los supuestos donde los defensores solicitan el desistimiento del recurso de sus representados sin agregar el mandato expreso, lo conducente es prevenirles a los litigantes el cumplimiento de lo establecido en el Art. 458 Pr. Pn., para la validez de la referida diligencia (Ref. 579-CAS-2008 del 18/02/2009).

La Segunda inconsistencia tiene vinculación con el anterior aspecto, pues el tribunal de alzada —sin agotar el aludido examen-, concluyó resolver la petición del defensor y decretó el desistimiento del recurso de casación; tal resolución, además, inobservó el propio trámite previsto para el recurso de casación, en tanto que el Art. 453 Pr. Pn., en su inciso tercero preceptúa: *"Cuando la decisión del recurso sea competencia de un tribunal diferente la inadmisibilidad no podrá ser decretada por el juez que emitió la resolución impugnada, sino por el tribunal que conocerá del recurso";* a ese respecto, el Art. 484 del citado cuerpo legal, señala: *"Recibidas las actuaciones, la Sala de lo Penal, según el caso, examinará el recurso interpuesto y las adhesiones, debiendo decidir sobre su admisibilidad dentro de los treinta días siguientes";* de tal suerte, que es clara la previsión del legislador, en tanto que ha determinado que corresponde al Tribunal de Casación, esto es, la Sala de lo Penal, el conocimiento y decisión de todas las incidencias que se susciten en esta fase, incluyendo, desde luego, su desistimiento.

Lo anterior, claramente refleja el error del tribunal de segundo grado, al calificar y decidir el desistimiento del recurso de casación presentado por el licenciado [...], defensor particular del imputado [...]."

DEBE MANTENERSE LA ACEPTACIÓN DEL DESISTIMIENTO SOLICITADO ANTE LA AUSENCIA DE VULNERACIÓN A LOS DERECHOS DE LOS JUSTICIABLES

"Pese a todo lo anterior, esta Sala ha notado que la petición de desistimiento del recurso de casación también tiene a su base una reflexión trascendente del abogado, quien ha referido que hace: *"después de analizar detenidamente la*

*procedencia del mismo".* Es evidente entonces, que el mismo recurrente concluye que la gesta impugnaticia que ha ejercido no es la pertinente para el acto procesal que intentaba atacar, aspecto que resulta coincidente con el criterio que esta Sala ha adoptado respecto al recurso interpuesto por el licenciado [...], defensor particular del sindicado [...]. De ahi que es intrascendente hacer mayores consideraciones sobre el defecto advertido, por cuanto no se vislumbra alguna afectación en detrimento o a favor de los justiciables; por consiguiente, debe mantenerse lo acordado por la alzada, pues, resulta inoficioso y contrario a los principios de celeridad y economía procesal ahondar al respecto. No obstante, se le sugiere a la Cámara remitente que en caso futuros atienda las normas procesales que gobiernan su actuación, por encontrarse en posición de destinatario de las mismas."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 19C2016, fecha de la resolución: 07/06/2016*

## DIRECCIÓN FUNCIONAL DE LA FISCALÍA

CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN, POR ESCRITO DEL ENTE FISCAL, PARA REALIZAR LAS OPERACIONES ENCUBIERTAS Y LAS ENTREGAS VIGILADAS

"La médula de esta primera causal descansa en evidenciar la ilegitimidad que reviste el pronunciamiento en discusión, en tanto que éste confirmó que era conveniente utilizar como prueba de carácter decisivo las actas que documentaban la entrega de dinero de parte de la víctima, el seriado del efectivo que sirvió de base para hacer el paquete señuelo, dispositivo policial en la que consta el procedimiento de captura de los imputados, las diligencias de ratificación del secuestro y la denuncia de la víctima rendida en sede policial. Este conjunto probatorio, a criterio de la defensa técnica, resulta irrespetuoso al principio de legalidad, ya que la Policía Nacional Civil actuó no solamente sin informar a la Fiscalía General de la República, sino también carente del direccionamiento funcional que exige el Art. 5 de la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja.

Entonces, según los términos del agravio propuesto por la parte recurrente, es aplicable la teoría del fruto del árbol envenenado, pues las investigaciones originarias -fundamento de la actual condena impuesta- y todos los actos conexos con éstas, se encuentran afectados por una nulidad de carácter absoluto.

Para poder dar respuesta al reclamo formulado por los licenciados […], es preciso abordar los siguientes temas: 1. Autorización escrita y específica emanada por la Fiscalía General de la República, para la utilización de técnicas especiales de investigación. Jurisprudencia aplicable al caso concreto. 2. Actividad probatoria válida. 3. Elementos de convicción decisivos del asunto en discusión.

1. Autorización escrita y específica emanada por la Fiscalía General de la República. Jurisprudencia aplicable al caso concreto.

Como punto inicial, conviene recordar que de acuerdo al Art. 193 Núm. 3° de la Constitución y Arts. 5, 17, 74 y 75 del Código Procesal Penal, la titularidad de la acción pública corresponde de manera exclusiva al Estado a través del Ministerio Público Fiscal, quien se encuentra obligado a ejercerla, salvo las excepciones legales conformadas por los casos de delitos de acción privada, en los cuales concede el poder jurídico a la víctima de impulsar el proceso respecto de determinadas infracciones y para los ilícitos de acción pública previa instancia particular, cuando la legislación adjetiva faculta a la víctima del delito para autorizar la persecución.

Dentro de las funciones otorgadas a la Fiscalía General de la República, según el Art. 193 de la Constitución, debe "ejercer la acción penal pública, para la persecución de oficio de los delitos en los casos determinados por este Código (Art. 17 Inc. 2° Pr. Pn.). Asimismo, cuando la persecución deba hacerse a instancia previa de los particulares"; de igual forma corresponde "dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal ante los jueces y tribunales." (Art. 74 del Código Procesal Penal). En esta tarea de inquirir sobre el delito y perseguir a los presuntos responsables, el Ministerio Fiscal se auxilia del ente colaborador designado por mandato de ley, y éste -según los términos que indica el Art. 271 del Código Procesal Penal- es la Policía Nacional Civil.

Es evidente entonces, que existe entre ambos una relación inter órganos, la cual se ve disciplinada por la dirección funcional de la investigación, en tanto que corresponde al Fiscal General de la República promover, supervisar e intervenir en todas las actuaciones de investigación de los diferentes delitos y coordinar y decidir sobre lo actuado. Ello es así, en tanto que los elementos recabados durante las diligencias iníciales de investigación pueden llegar a convertirse en pruebas de carácter decisivo, toda vez que sean incorporados al proceso con total respeto de las garantías establecidas hacia el proceso y en definitiva a las partes intervinientes. Bajo ese supuesto, el Art. 175 del Código Procesal Penal, regula la "legalidad de la prueba", dentro de esta previsión figura la referente a operaciones encubiertas practicadas por la policía, en las cuales es un requisito indispensable que conste la autorización por escrito del fiscal superior; a diferencia de aquellos supuestos de una investigación común, para los cuales basta con los mandatos contenidos en el direccionamiento funcional.

Ahora bien, para el caso de mérito es de vital trascendencia retomar todo el recorrido de las diligencias procesales: El Ius Puniendi fue activado a través de la jurisdicción especializada ya que la etapa inicial y la imposición de medidas cautelares se tramitó ante el Juzgado Especializado de Instrucción de […]; posteriormente, debido a la ausencia de características de "crimen organizado", las actuaciones fueron remitidas a la jurisdicción común, de forma tal que la etapa instructora fue tramitada por el Juzgado de Instrucción […], culminándose la causa en el Tribunal Primero de Sentencia de la referida ciudad, ente que decidió emitir fallo condenatorio en contra de los procesados […].

Claramente, el caso de mérito se ha agotado en la jurisdicción ordinaria, respecto de la cual no figura previsión legal alguna que la orden de practicarse determinados elementos probatorios deba constar por escrito. Aún "la dirección funcional puede verse reflejada directamente en las resoluciones administrativas

que gira por escrito el fiscal del caso o, bien que sea desprendible, de las actuaciones que obren en el expediente, criterio que tiene sustento legal por ejemplo en el inciso 2° del Art. 276 Pr. Pn., el cual dispone que: "Para documentar sus actos, la policía observará en lo posible las reglas previstas para la instrucción (...) Se dejará constancia en el acta de las instrucciones recibidas de los fiscales y jueces..." (Sic. Fallo referencia 406C2015, pronunciado el 18/03/2016).

En ese contexto, al verificar el contenido de los autos, se advierte que según declaración rendida en vista pública por el agente […], -órgano de prueba que fue ofrecido desde el dictamen acusatorio- toda la actividad investigativa fue supervisada y coordinada por la Fiscalía General de la República, ya que la existencia de la denuncia fue remitida a dicha institución a través de oficio enviado por el agente […], y precisamente por el conocimiento del supuesto evento delictivo a realizarse, a exhortación del Ministerio Fiscal, la Policía Nacional Civil, efectuó el seriado de billete y el dispositivo de entrega del paquete señuelo.

De tal forma, según ha sido descrito previamente las lineas jurisprudenciales emitidas por esta Sala, para el caso en discusión es posible derivar a partir de las actuaciones que conforman la masa probatoria la existencia del direccionamiento funcional, que en definitiva torna eficaz y legítimo el devenir del procedimiento que actualmente desencadenó en la decisión condenatoria en contra de los imputados."

ACTIVIDAD PROBATORIA VÁLIDA

"La realización de todo proceso exige como presupuesto la legalidad de las pruebas obtenidas, de manera tal, que se encuentra prohibida la valoración del elemento de prueba que vulnere garantías constitucionales que a favor del imputado se han erigido. Al respecto, el artículo 175 del Código Procesal Penal, declara que los elementos de prueba tendrán valor únicamente bajo el supuesto que hayan sido obtenidos e incorporados de forma lícita, debiendo respetar las garantías fundamentales de las personas, contenidas tanto en la Constitución como en la normativa secundaria. Entonces, cualquier medio probatorio alcanzado por vías ilegítimas, carece de eficacia probatoria y en consecuencia, debe ser expulsado o excluido del acervo de evidencias, pues de no ser así, se desconocería el Debido Proceso.

Para el presente caso, se ha denunciado la incorporación ilegal de la referida prueba. Así, conviene señalar que todo dato que se obtenga o ingrese al proceso conculcando garantías individuales constitucionalmente reconocidas o bien ha sido alcanzada de una forma fraudulenta, debe ser considerado ilegítimo y como consecuencia directa, carece de valor para fundamentar la convicción del juez, incluso, tampoco puede ser utilizado como indicio de culpabilidad.

Para el procedimiento común conformado por la audiencia inicial, preliminar y el juicio oral, resulta indispensable la actividad probatoria, regulada por los principios de inmediación, publicidad, celeridad y la contradicción, todo ello a fin de demostrar la verdad o falsedad de lo que afirman las partes respecto de los hechos enjuiciados. Así pues, una vez culminado el período de instrucción, es presentado por la representación fiscal el dictamen acusatorio, que de acuerdo

al Art. 355 del Código Procesal Penal, debe contener bajo pena de nulidad, el ofrecimiento de prueba para ser incorporado a la vista pública; concretamente con relación a la prueba testimonial, se presenta la lista de las personas que declararán en el plenario, individualizadas a través de su nombre, domicilio y finalmente se consigna la circunstancia que pretende ser probada por el ente acusador. Posteriormente, el juez instructor decidirá sobre la admisión de las pruebas, desechando todas aquellas superabundantes, las que no sean útiles o pertinentes y en definitiva, todas las que no cumplan con los requisitos legalmente establecidos. En seguida de la celebración de la audiencia preliminar el juez instructor puede acordar la admisión ya sea total o parcial de la prueba ofrecida en la acusación del fiscal, examinando si las evidencias se han propuesto en la forma y momento legalmente establecido, si se han obtenido por un procedimiento o medio lícito, es decir, respetando los derechos fundamentales de la persona y si son pertinentes y relevantes para el descubrimiento de la verdad; una vez superado dicho análisis, ordenará la apertura a juicio mediante el cual es elevada la causa al tribunal de sentencia, con la finalidad que tome lugar el debate oral y público, con la presencia de todas las partes y del tribunal, momento en el cual los principios de oralidad, inmediación y contradicción se producen, al ser interrogados los testigos a los fines del esclarecimiento del hecho, así como de examinar el alcance real del conocimiento que tenga sobre las circunstancias Tácticas y su sinceridad o mendacidad. De este modo, la prueba ingresa al debate, pasando a formar parte del plexo probatorio respecto del cual el sentenciador puede fundar su resolución. Finalmente, en la etapa de celebración de la vista pública, se recibe la prueba propuesta por el ente acusador, en el orden determinado por el Art. 386 del Código Procesal Penal."

AUSENCIA DE VICIO EN EL PROCEDIMIENTO POLICIAL

"3. Elementos de convicción decisivos del asunto en discusión.

Al trasladarnos concretamente a los autos, el impugnante se agravia que el acta de denuncia hecha por la víctima en la Sección Antiextorsiones de la Policía Nacional Civil, el acta en la que se dejó constancia del dispositivo policial montado detallándose el número de equipos que intervendrían en el mismo y las diligencias de ratificación de secuestro, no solamente fueron valoradas por el sentenciador y avaladas posteriormente por la Cámara, sino que sirvieron de sustento decisivo para la decisión de condena emitida en contra de los procesados.

A fin de verificar si concurre dentro de los autos la queja planteada, es prudente remitirse de manera ordenada a las instancias que oportunamente intervinieron, así pues, por una parte se advierte que el Tribunal Primero de Sentencia […], resolvió dentro del Considerando II del fallo condenatorio: "La valoración de estas actas resulta ser inane, en vista que en esos documentos únicamente se dejó constancia tanto de la noticia que dio la víctima del hecho de extorsión cometido en su contra y sobre la manera de cómo se conformaron los equipos policiales que intervendrían en el momento de la entrega de dinero; así como también de las diligencias que se siguieron para lograr la cadena de custodia de los objetos que le fueron incautados a los procesados al momento de ser dete-

nidos; por ello, al constituir tales documentos únicamente el desarrollo de dicha investigación policial, mediante la cual se dio paso a la organización y realización de un dispositivo de vigilancia para una entrega controlada y la posterior captura de los sujetos que se presentaron a retirar el dinero requerido a la víctima, a quienes a ese momento se les incautó ciertos objetos; empero, vemos que para efectos probatorios estas diligencias no adquieren trascendencia, aunado a ello que del dicho de los agentes policiales que declararon y de la misma víctima se extrae toda la información pertinente en la realización de esas diligencias, por ello es que no se tomarán en cuenta para el resto de esa sentencia." (Sic.)

En seguida, la Cámara consignó dentro de la decisión actual objeto de reclamo, en el romano III titulado "CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE ALZADA": "( ...) Antes de cuestionar la inexistencia de la autorización escrita por parte del ente fiscal, cuya formalidad es exigida de manera expresa únicamente cuando se trata de procesos tramitados conforme a la Ley contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 5 de la mencionada ley especial, lo que efectivamente aparece haberse omitido en el caso in examine es el informe que los agentes policiales debieron rendir a la Fiscalía General de la República de la denuncia presentada por la víctima bajo régimen de protección identificada con la clave […], omisión que tiene como consecuencia legal, las sanciones prescritas en el Art. 292 del mismo código, por lo que deberá certificarse lo pertinente al Fiscal General de la República y al Director General de la Policía Nacional Civil, a efecto que se tomen las medidas correctivas necesarias." (Sic).

Como resultado de las exposiciones anteriores, esta Sala no advierte que ninguna de las instancias previas haya utilizado tal documentación como un soporte probatorio concluyente para conformar la convicción judicial, por el contrario, se verifica desde un primer momento su exclusión dentro del conjunto de elementos, razón por la cual no se ha provocado el agravio indicado por el recurrente. De tal manera, la decisión dispuesta por la Cámara encargada, no es ilegítima y deberá mantenerse firme.

De tal suerte, no se está ante la teoría del "fruto del árbol envenenado", es decir, la utilización de pruebas obtenidas ilegalmente, en ese entendimiento, la fuente de la prueba que para el caso en discusión recaerían en el direccionamiento funcional fiscal no es corrupta o viciada, precisamente por tal circunstancia, tampoco recibirían tal cualidad todas las actuaciones derivadas de las mismas, verbigracia las deposiciones de los agentes captores y aún las actas de seriado de billetes y la entrega del paquete señuelo, pues como se ha logrado determinar a partir de los autos, ha existido un direccionamiento por parte del Ministerio Público Fiscal, que controló y reguló las actuaciones policiales, desterrando de tal forma, cualquier conducta arbitraria, ilegítima o revanchista que pudiera denotarse por parte del ente colaborador.

En definitiva, la condena pronunciada a consecuencia de esa actividad probatoria, es legítima y sin que haya provocado la ruptura a derechos o garantías fundamentales, pues como insistentemente se ha plasmado a lo largo de la presente resolución, todas las actuaciones son recubiertas a partir de la orientación fiscal."

CORRECTA FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA

"La queja respecto de este vicio denunciado, recae en la ausencia de motivación intelectiva, pues a criterio del recurrente, el tribunal de alzada no suplió o complementó la valoración probatoria, sino que se conformó con la enumeración de las probanzas efectuadas por el Tribunal Primero de Sentencia […].

En atención a las protestas formuladas, es oportuno iniciar con una breve reseña atinente a la fundamentación que cumplirá todo pronunciamiento judicial. Así, el Art. 144 del Código Procesal Penal, indica que las decisiones emitidas por los operadores de justicia, encontrarán un sustento robusto tanto en las circunstancias fácticas que son discutidas como en la normativa, todo ello con la finalidad que exista una armonía entre el hecho que se controvierte y el desenlace jurídico a adoptar en el caso concreto. Este imperativo, está en directa conexión con el Art. 11 de la Constitución de la República, entendido como el derecho a un juicio investido de todas las garantías y dentro de éstas figuras, ciertamente, la del justiciable a conocer las razones que inspiran los fallos judiciales.

En ese orden de ideas, es necesario para que todo pronunciamiento sea comprendido tanto por el lector que integra las partes litigiosas como por cualquier interesado, que desarrolle una serie de reflexiones que agoten las exigencias básicas -desarrollados por la doctrina e igualmente reconocidos y aplicados en la jurisprudencia de esta Sala- cuales son, la claridad, completitud, legitimidad y logicidad. Según el orden de estas propiedades que recién se han expuesto, se comprende que el juzgador debe consignar las consideraciones de manera tal que mantengan un esquema lógico que se aleje de los pensamientos absurdos, evitando de tal forma las confusiones, la vaguedad y las inconcreciones, a fin que sean percibidas con lucidez por los interesados las justificaciones de la solución, dando respuesta a los aspectos fundamentales sometidos a la discusión; y, además, que el examen de la totalidad de elementos de convicción a estudiarse, se haga conforme al método legalmente autorizado, esto es, la sana crítica, según lo dispone el Art. 175 del Código Procesal Penal.

En abono a lo anteriormente expuesto, es oportuno mencionar además, que se consideran como suficientemente motivadas, aquellas resoluciones que se apoyen en juicios que permitan conocer cuáles fueron los criterios jurídicos que sirvieron de base para construir la resolución; de tal forma, no existe una determinada extensión de la motivación, basta con que ésta sea comprensible y además, la necesaria consecuencia de las evidencias discutidas oportunamente en el juicio oral. La exigida fundamentación, se apoya en una serie de finalidades, que pueden ser identificadas así: 1. Controlar las decisiones por los tribunales superiores; 2. Lograr la convicción de las partes en el proceso sobre la corrección de una decisión que afecta a los derechos de un ciudadano; y, 3. Mostrar el esfuerzo intelectivo del sentenciador para garantizar una resolución carente de arbitrariedad. (Cfr. Rubio Llorente, Francisco. "Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales", p. 280).

Ahora bien, teniendo como base esta información, se procede a verificar si ciertamente hubo un equívoco en la motivación. En el acápite denominado "CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE ALZADA" de la sentencia que actual-

mente es objeto de impugnación, se expuso: "(...) Se procede a retomar el fundamento expuesto por el juez sentenciador en el considerando III de la sentencia recurrida, donde relaciona los hechos que tiene por acreditados, tomando en consideración las declaraciones de la víctima bajo régimen de protección identificada con la clave […], como las rendidas por los testigos […] esta Cámara no encuentra omisa o deficiente la fundamentación de la sentencia objeto de alzada, ni en el contexto probatorio ni en el enfoque analítico e intelectivo, sino todo lo contrario, el sentenciador ha sido breve pero explícito al construir la conclusión del caso en estudio, para lo cual se apoya en el mérito derivado de los elementos probatorios en relación a la plataforma fáctica delimitada en el juicio, sin descuidar el análisis correspondiente a los elementos probatorios relacionadas supra. Este tribunal considera que se han expuesto aunque de forma escueta pero con claridad, los aspectos de valoración de los elementos de prueba cuestionados por los recurrentes, formando en el intelecto del juez la certeza positiva sobre la existencia del delito investigado así como de la autoría de los acusados en el mismo, siendo irrelevante para efectos de este recurso el simple desacuerdo o diferencias de criterio que pudiesen existir entre la defensa técnica de los procesados y los juicios en los que se apoya el fallo recurrido." (Sic)

A partir de ese razonamiento, esta Sala concluye que no existe un error en el razonamiento de la Cámara, en tanto que luego de analizar la valoración realizada por el tribunal sentenciador, concluyó igualmente respecto de la ruptura del principio de presunción de inocencia en relación de los imputados relacionados. Aunado a ello, expuso que a pesar de ser una motivación judicial breve no desvirtuaba la corrección en sus argumentos y su sencillez, tampoco es provocadora de una incompletitud en los argumentos o en la valoración de todo el acervo probatorio.

En síntesis, no es posible acceder a la pretensión del recurrente, pues no se vislumbra la ausencia de motivación en la sentencia objeto de análisis."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 52C2016, fecha de la resolución: 21/09/2016*

## DOBLE ENJUICIAMIENTO

ALCANCES DEL TIPO PENAL DE ACTOS PREPARATORIOS, PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN Y ASOCIACIONES DELICTIVAS

**"Número 9**.- Otro de los motivos de fondo admitido al licenciado [...] se refiere a la errónea aplicación de la ley sustantiva. En lo esencial, el gestionante indica que la Cámara sentenciadora absolvió a los imputados [...], por el delito de Actos Preparatorios, Proposición y Conspiración y Asociaciones Delictivas, tipificado en el Art. 52 LRARD, aludiendo a la prohibición de doble punición y al principio de consunción que integra las reglas del concurso aparente de leyes, ya que los referidos sindicados fueron declarados penalmente responsables por el tipo consumado de Tráfico Ilícito Internacional. No obstante, la agencia fiscal considera que la figura prevista en el Art. 52 LRARD es completamente autó-

noma de este último delito, por lo cual no es conforme a derecho la absolución decretada, sino que debió condenarse por ambos ilícitos en concurso real.

**9.1**.- En la argumentación de este reclamo, el gestionante sostiene que: "para la representación [fiscal] existe error en este análisis jurídico en contraste con el principio de legalidad, porque los hechos acusados y *probados en el debate de vista pública, encierran todo[s]* los *hechos de la multiplicidad de eventos de transporte de droga en cantidades diversas que generaron toneladas durante el tiempo del dos mil cinco hasta el dos mil* once, *que no fueron incautados por las autoridades de cada país, pero eran hechos independientes cada viaje, con lineamientos,* órdenes, *funciones y roles que les brindaba el Jefe de la organización [...], con cierto* liderazgo *intermedio de los señores [...], [nombre repetido], [...], hechos que obedecieran a un plan de establecer que se harían* escalonados *cada viaje, habían pluralidad de imputados, pluralidad* de *medios, cantidades exorbitantes y viajes* de *droga y dinero contándose con medios idóneos (dinero, vehículos,* lanchas, *contactos), máxime que se* acusó en concurso *real* por los *delitos de tráfico* ilícito *internacional, que es independiente del delito de ACTOS PREPARATORIOS,* PROPOSICIÓN, *CONSPIRACIÓN Y ASOCIACIONES DELICTIVAS...no obstante que haberse acreditado que muchos viajes* de *droga eran independientes, como actos preparatorios,* proposición *y conspiración, entre una misma asociación delictiva para el cometimiento del delito de tráfico ilícito internacional" (sic).*

Además, el impetrante formula una reflexión general sobre las figuras del concurso aparente de leyes y el concurso real de delitos, todo en orden a abonar que el tipo previsto en el Art. 52 LRARD es completamente independiente del ilícito tipificado en el Art. 33 LRARD, por lo que ambas figuras debieron ser sancionados en concurso real.

Este tribunal considera que el motivo invocado **debe ser desestimado,** por los razonamientos que se expondrán a continuación.

**9. 2.-** Para resolver adecuadamente este reclamo es conveniente reflexionar sobre los alcances del tipo penal regulado en el Art. 52 LRARD, vinculándolo con la secuencia del *iter criminis,* así como delimitar el contenido esencial de la prohibición de doble punición, la cual tiene trascendencia constitucional en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

En ese orden, el delito de Actos Preparatorios, Proposición y Conspiración y Asociaciones Delictivas, previs en el Art. 52 LRARD, es un tipo alternativo, esto es, una figura penal cuyo supuesto de hecho está constituido por una pluralidad de verbos rectores, bastando la realización de uno de ellos para tener por configurada la conducta punible *(Cfr.* Sentencia de casación Ref. 8-CAS-2015, de fecha 16/12/2015). En particular, este tribunal contempla que son cuatro acciones que el legislador ha enmarcado como supuesto fáctico de este delito, notándose que los tres primeros descriptores mencionados en la disposición en comento se refieren a realizar actos preparatorios, así como proponer o conspirar para la comisión de alguno de los ilícitos contra la Salud Pública, y la cuarta acción a la concertación con el mismo propósito.

Corresponde considerar brevemente la naturaleza de cada una de las conductas descritas en el tipo penal. En ese orden, los actos preparatorios han de

ser entendidos como actuaciones concretas orientadas a la posterior perpetración de un delito previamente planificado, pero que no implican aún el principio de la ejecución, ubicándose en el estadio intermedio entre la fase interna (ideación) y el comienzo de la ejecución, así, a guisa de ejemplo, constituye un acto preparatorio el hecho que el sujeto que ha decidido cometer el delito, se previene de los medios necesarios o de los instrumentos imprescindibles para la ejecución del mismo *(Cfr.* Sentencia de casación Ref. 244-CAS-2011, de fecha 24/09/2014).

En lo referente a la punición de los actos preparatorios, la Sala de lo Constitucional ha rechazado que puedan ser sancionados de modo general, señalando que: *"se conviene que su inclusión en los estatutos penales deba ser excepcional, atendiendo a la importancia del bien jurídico protegido y a la gravedad del ataque a los mismos, salvaguardando en lo posible el principio de mínima intervención"* (Sala de lo Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad Ref. 22-2007 AC, emitida el 24/08/2015).

En cuanto a la proposición y conspiración, denominadas doctrinariamente como resoluciones manifestadas, cabe indicar que solamente de manera excepcional pueden ser objeto de criminalización, ya que aún se encuentran alejadas del inicio de la ejecución del delito. En particular, la proposición consiste en la exteriorización de la propia decisión de cometer un hecho ilícito acompañada de la solicitud a una o más personas determinadas para que participen en su realización; por su parte, la conspiración se refiere al acuerdo de dos o más personas para cometer un delito cierto y determinado, caracterizado por una decisión firme y un plan concreto acabado *(Cfr.* MORENO CARRASCO, F. et. al., Código Penal Comentado, Vol. I, Consejo Nacional de la Judicatura, segunda edición actualizada, San Salvador, 2003, P. 127-128). Aunque ambas instituciones son diferentes, existen entre ellas un vínculo evidente, ya que al producirse la aceptación de la persona a la que se le propuso participar, *"se habrá convertido entonces en conspiración"* (CHOCLÁN MONTALVO, J. A. y CALDERÓN CEREZO, A., *Derecho Penal: Parte General,* T. I., Editorial Bosch, Barcelona, 1999, P. 289).

Es conveniente mencionar que la punición de la proposición y conspiración se justifica dado que la implicación de otras personas en la decisión de cometer el delito representa un incremento del peligro al bien jurídico respecto a la mera resolución del autor individual *(Cfr.* CHOCLÁN MONTALVO, J. A. y CALDERÓN CEREZO, A., *ob. cit.,* P. 286).

La cuarta conducta descrita por el legislador en el Art. 52 LRARD, se refiere a que una o más personas se concierten con propósito delictivo. Dado que en el acápite del tipo penal se menciona la voz "Asociaciones Delictivas", cabría entender que el alcance del verbo rector "concertar", se encuentra referida precisamente a esa conducta organizativa y no limitada al sentido literal del verbo "concertar", esto es, llegar a un acuerdo con otra persona para la realización de un delito, ya que esto resulta común a diversas formas de codelincuencia.

Llama la atención que el legislador haya empleado la siguiente fórmula para tipificar la conducta a la que se viene haciendo referencia, a saber: "el *que concertare con una o más personas, realizar una conducta sancionada como deli-*

*to".* Nótese, que este verbo rector no es uno de los descriptores más frecuentes para las conductas asociativas o de organización en la norma penal común (Art. 345 Pn.).

Con frecuencia este vocablo describe simplemente el acuerdo entre varias personas para la comisión de un delito que es común a los supuestos de codelincuencia ("concierto previo"); en otras ocasiones designa la actuación "concertada" que es uno de los requisitos de las organizaciones y grupos criminales más no el único (Sala Segunda del Tribunal Supremo español, Sentencia 576/2014, de fecha 18/07/2014, Ponente: Cándido Conde Pumpido). Solamente, en el ordenamiento colombiano se alude al concepto de "concierto para delinquir", referido al *"pactum scaeleris",* que consiste en la finalidad proyectada hacia el futuro de cometer ilícitos como una de las exigencias de los grupos criminales (Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-241, dictada el 20/05/1997, Magistrado Ponente: Fabio Morón).

Considera esta Sala, que debe evitarse extender el concepto de "concertación" a cualquier acuerdo para la comisión de un hecho ilícito, hasta el punto de borrar las fronteras conspiración, la coautoría y cualquier forma de codelincuencia. Por ello, se puede acudir a los requisitos mínimos de una asociación son: (1) pluralidad de miembros, nota imprescindible de todo esfuerzo asociativo; (2) permanencia en el tiempo, que lo distingue de una mera reunión de personas; (3) acuerdo común o "pacto social criminal" entre sus miembros, en el que se acepte la finalidad proyectada de cometer hechos delictivos específicamente los que se encuentran previstos en la Ley Reguladora de Actividades Relativas a las Drogas, sin necesidad que éste sea adoptado con alguna formalidad especial; (4) que la asociación tenga un grado de organización interna que generalmente se traduce en la existencia de un mando jerárquico y en la distribución de tareas o roles.

Con esta precisión, puede distinguirse fácilmente la asociación delictiva de otros institutos como la conspiración. Y es que basta recordar la conspiración se ubica como estadio previo a la ejecución de un delito determinado, por ende, mantiene un nexo primordial con ese ilícito que se está planificando, con el que .. comparte el mismo bien jurídico, y por ello se ve absorbida al iniciarse la fase de ejecución, mientras que la asociación delictiva es autónoma de los ilícitos que se cometen como cumplimiento del pacto social criminal, e incluso puede ser sancionada aunque no se lleguen a ejecutar los hechos delictivos para los cuales se organizó *(Cfr.* SALAZAR CÁDIZ, A., *Del delito de asociación ilícita para* el *narcotráfico y los requisitos para su perfección,* Ministerio Público de la República de Chile, Santiago, 2007, P. 2) "

DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROHIBICIÓN

**"9.3**.- En este punto, cabe referirse a la prohibición de persecución penal múltiple, también conocida como prohibición de doble juzgamiento o garantía de única persecución, tradicionalmente designada por la locución latina *ne bis in ídem,* prevista en la parte final del inciso primero del Art. 11 de la Constitución de la República, la que establece que ninguna persona puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.

La interpretación literal de la disposición antes citada podría sugerir que se encuentra limitada al ámbito procesal, constituyendo un valladar que impide al Estado ejercer nuevamente la acción penal a hechos que ya fueron juzgados con anterioridad y en tomo a los cuales se emitió previamente una resolución que ya alcanzó firmeza *(Cfr.* Sentencia de casación Ref. 244-CAS-2011, de fecha 24/09/2014).

No obstante, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha acogido una concepción amplia de este instituto, entendiendo que la misma abarca dos vertientes diferentes aunque complementarias, señalando que: *"esta garantía a favor del ciudadano se distingue en (i) una vertiente sustantiva o material, que impide la imposición de doble condena por un mismo hecho, que tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada y, (ii) una vertiente procedimental o procesal, que prohíbe la posibilidad de un doble procedimiento sucesivo o simultáneo"* (Sentencia de Inconstitucionalidad 21-2012, de fecha 13/02/2015).

La vertiente material de la garantía en comento, también designada como prohibición de doble punición, tiene íntima relación con los principios del concurso aparente de leyes, los que permiten evitar múltiples imputaciones penales por un mismo hecho, al aplicar un precepto penal cuyo supuesto de hecho coincida de manera precisa con una determinada base fáctica, en lugar de aplicar dos o más preceptos penales traslapados a idénticos hechos."

IMPOSIBILIDAD DE SANCIONAR DE MANERA CONJUNTA LOS ACTOS PREPARATORIOS JUNTO AL DELITO CONSUMADO

**"9.4.-** Los conceptos anteriores son útiles para resolver el motivo planteado. En ese sentido, al haberse aclarado que los actos preparatorios, la proposición y la conspiración constituyen estadios previos a la ejecución del delito, es evidente que la Cámara de origen lleva razón al haber sostenido que con fundamento en la prohibición de doble punición, vertiente material de la garantía constitucional de única persecución y al propio concepto de *iter criminis,* no se puede sancionar de manera conjunta los actos preparatorios y las resoluciones manifestadas junto al delito consumado.

Y es que al iniciarse la ejecución del hecho delictivo, los actos preparatorios, la proposición y conspiración quedan absorbidas por la tentativa y en el caso de perfeccionarse el hecho, las absorbe el delito consumado, ya que por su esencia, la proposición y conspiración *"forman parte del proceso de desarrollo de un tipo delictivo ya descrito" (vid.* Sentencia de casación Ref. 599-CAS-2011, dictada el 10/09/2014), lo cual también puede predicarse de los actos preparatorios.

Por lo tanto, al haberse condenado a los sindicados [...], por el delito de Tráfico Ilícito Internacional consumado resulta contrario a derecho pretender que también sean sancionados penalmente por realizar actos preparatorios, proponer o conspirar para ejecutar esa misma conducta, aun cuando está demostrado en los hechos acreditados que efectivamente junto a las conductas de ejecución del delito, existió toda una preparación logística de medios materiales imprescindibles para el transporte de drogas en el territorio de la región centroamericana,

así como un acuerdo previo entre los procesados en mención, pero todo ello queda abarcado por la penalidad que se les ha impuesto por los hechos consumados.

La única excepción a lo expresado en el párrafo anterior, vendría dada si se hubiese determinado con claridad meridiana que los actos preparatorios y resoluciones manifestadas que se pretende sancionar autónomamente, se encuentran referidos a hechos diversos a los ilícitos consumados por los que se les ha procesado y condenado (vid. Sentencia de hábeas corpus Ref. 164-200BAC, dictada el 01/07/2011).

No obstante, el sentido de la impugnación fiscal no permite esta interpretación, pues en lugar de detallar con precisión cuáles son los hechos en los que hubo preparación o acuerdos previos con participación de los imputados para permitirle a esta Sala contrastar este señalamiento con la plataforma fáctica acreditada, solamente refiere la existencia de *"multiplicidad de eventos de transporte de droga",* con la característica común de no haber sido incautados durante su desplazamiento por la autoridad pública; de modo, que cabría entender que si los cargamentos de sustancia prohibida no fueron obstaculizados por la acción estatal, también se trata de hechos ejecutados de manera efectiva y no de simples preparativos o acuerdos, y bajo este título debieron ser atribuidos."

IMPOSIBILIDAD DE IMPONER UNA PENALIDAD POR LA CONDUCTA DE ASOCIACIONES DELICTIVAS, AL NO HABER SIDO FIJADA EN LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEFINITIVA DE PRIMERA INSTANCIA Y TAMPOCO SOMETIDA A CONTROL EN APELACIÓN

**"9.5** Sin embargo, dentro de la argumentación del fiscal, se contempla que éste asevera que los cinco procesados a los que se viene haciendo alusión, formaban parte de *"una misma asociación delictiva",* en la que el procesado [...] ejercía la función de líder, existiendo también personas con mando intermedio como [...].

Llama la atención de esta Sala, que pese al análisis extenso de la Cámara seccional en torno al tipo previsto en el Art. 52 LRARD, no se contempla que se haya abordado el componente de "concertar" una asociación delictiva en lo relativo a los cinco procesados que fueron absueltos por el tipo en referencia ([...]), como si este punto no le hubiese sido alegado.

En vista de ello, esta Sala procede a la revisión exhaustiva del expediente judicial, identificándose un error *en* la fundamentación jurídica de primera instancia que ha proyectado sus efectos en el ámbito de cognición de la Cámara, y que debió ser corregida mediante el reclamo oportuno de la agencia fiscal.

Es conveniente mencionar que la motivación jurídica de primera instancia se encuentra revestida de capital importancia cuando se ha juzgado un tipo alternativo, como el previsto en el Art. 52 LRARD, ya que debe plasmarse con meridiana claridad cuáles son los verbos rectores por los que se ha establecido positivamente la responsabilidad penal a partir del juicio de subsunción realizado por el Tribunal de Sentencia, lo que tendrá efectos innegables en el derecho de defensa de los procesados al permitirle conocer los puntos de la calificación jurídica provisional propuesta por la acusación que han pasado a conformar la

calificación jurídica definitiva; asimismo, tendrá incidencia en las posibilidades de impugnación de las partes, ya que éstas podrán contrastar la plataforma de hechos probados con el análisis de adecuación típica contenido en el fallo de primera instancia, para determinar si ha existido una infracción de la ley sustantiva que requiera ser controlada en apelación.

En particular, al formular el juicio de adecuación típica del delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, en las páginas 1210 a 1218 de la sentencia de primera instancia, que consta Fs. 48,213 a 48,216, pieza 242 de la carpeta judicial, en los fundamentos jurídicos enumerados como N° 21 a 80, considera el tribunal de juicio que de acuerdo a los hechos probados se deducen los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal del Art. 52 LRARD, en cuanto a la práctica de actos preparatorios para realizar el delito de Tráfico Ilícito Internacional en la modalidad de transporte, en "concierto previo", habiendo estimado en el fundamento número 24 que el referido concepto de "concierto" equivalía a los institutos de la proposición y conspiración, y en el fundamento número 63, lo equiparó al acuerdo para la comisión del delito que integra uno de los elementos de la conspiración, junto a la resolución firme de ejecutar el delito, sin darle el sentido de conformar una asociación con finalidad delictiva.

Entonces, al fijarse la calificación jurídica definitiva en el proveído de primer grado, en el punto específico del Art. 52 LRARD, se determinó sustancialmente la responsabilidad penal de los sindicados por haber efectuado actos preparatorios y haber adoptado resoluciones manifestadas para cometer el delito de Tráfico Ilícito Internacional, pero en ningún momento el análisis de tipicidad fue enfocado en haber concertado una asociación delictiva. Indudablemente, se trata de un error ostensible del tribunal de juicio, ya que en el análisis intelectivo y en los hechos probados de la misma sentencia, era evidente que había quedado demostrada la actuación de un grupo delictivo estructurado con la finalidad de narcotráfico dirigido por el imputado [...].

Ya se ha mencionado los problemas de la redacción empleada por el legislador en la actual configuración del tipo penal previsto en el Art. 52 LRARD, con lo que se refuerza la necesidad de un ejercicio de motivación jurídica para salvaguardar el núcleo del principio de legalidad penal, al faltar una descripción de los requisitos mínimos de las asociaciones delictivas que regula este precepto más allá del acuerdo entre varias personas, para evitar que se traslape con otros supuestos de entendimiento previo al delito y se confunda con las etapas del proceso de desarrollo del delito. Esta relativa indeterminación del tipo penal, deviene en la necesidad de un plus de motivación jurídica al momento de realizar la adecuación típica, para fijar el alcance preciso del tipo, lo que no se vislumbra en la decisión de primera instancia.

A ello se añade que las únicas impugnaciones en alzada dirigidas contra la calificación jurídica definitiva de la conducta de los imputados [...], fueron las formuladas por la defensa técnica y por los imputados [...], y […], en ejercicio de la defensa material, coincidiendo en el sentido de reprochar la incorrección de condenar por actos preparatorios y resoluciones manifestadas en concurso real con el delito consumado de Tráfico Ilícito Internacional, sin que existiera algún

motivo de apelación de la agencia fiscal contra el juicio de adecuación típica del hecho probado respecto a estas personas, ya que sólo se apeló por la absolución de cinco encartados referidos en el fundamento número 7 de la presente resolución, e incluso al revisar la contestación del fiscal a las impugnaciones defensivas de alzada, hay menciones genérica a la acusación por "concertación o asociación delictiva", en relación a los imputados [...], y […], pero de ellas no se puede deducir en verdad una propuesta de control de la calificación jurídica definitiva en tomo al Art. 52 LRARD.

Entonces, esencialmente el ámbito de cognición de la Cámara seccional para este punto específico, no permitía la posibilidad de considerar acreditado un verbo rector distinto como resultado de una impugnación planteada por la defensa, ya que ello hubiese implicado un exceso en sus facultades resolutivas. Por lo tanto, tampoco esta Sala puede imponer una penalidad por la conducta de conformar una asociación delictiva, ya que no fue fijada en la calificación jurídica definitiva de primera instancia, y tampoco fue oportunamente sometida a control por la representación fiscal en su respectiva apelación. No obstante, se reitera que en l hechos probados sí se estableció la existencia de un grupo delictivo estructurado conformado por os procesados."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 149C2016, fecha de la resolución: 28/10/2016*

## ENCUBRIMIENTO

PROCEDE CASAR LA SENTENCIA POR LA AUSENCIA INFERENCIAS SOBRE LAS CUALES DERIVA EL DOLO EN EL ACTUAR DE LA PROCESADA

"1.- De acuerdo al memorial recursivo, los peticionarios licenciados [...], expresan a este tribunal que concurre un vicio casacional, pues a su criterio, *no se ha demostrado el dolo, en el actuar de su defendida y por tanto no ha sido posible señalar objetivamente la participación de la misma en el hecho que se le imputa.* Y que aun así la Cámara confirmó el pronunciamiento condenatorio dictado por el Tribunal Cuarto de Sentencia.

La Sala considera que **el motivo debe ser estimado,** por los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

Los recurrentes en el libelo de impugnativo, manifiestan a folios 38 vuelto del incidente de apelación, que *:"no ha sido posible demostrar objetivamente la participación de nuestra defensa, ya que se narran hechos que ... no* [son] *más que una conducta mal intencionada de parte de los agentes policiales.., no obstante haber confesado nuestra mandante que ella tomo una vainilla de proyectil con el fin que este no fuera desaparecer echándolo al tragante por parte de los otros imputados... jamás se ha demostrado dolo. "(Sic).*

En lo concerniente a tales afirmaciones, esta Sala logra desprender por parte de los impetrantes, una queja referida al quebrantamiento del principio de responsabilidad, puesto que a criterio de los mismos no se ha demostrado la voluntad por parte de la procesada de encubrir el ilícito, al respecto esta sede

advierte, que en el examen realizado por segunda instancia a cada una de la infracciones argüidas, en el caso del análisis al tercer motivo de alzada, desarrolla una fundamentación intelectiva que corresponde a los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo, enmarcando la Cámara uno a uno los elementos probatorios vertidos en juicio y que detalla fueron retomados por el tribunal de sentencia y también por ella al confirmar la resolución de condena, circunstancia que permite a esta Sala constatar la presencia de un examen referido a la participación de la encartada [...], y su voluntad de cometer el ilícito, tal como se desprende de los fundamentos explayados en los numerales 20, 23, 24, 28 y 29 que a continuación en su mayoría se trascriben:

*"...en el caso de autos, si bien es cierto lo señalado por los apelantes, en el sentido de que en la sentencia se plasma que la prueba ofertada para los delitos de fraude procesal y encubrimiento consiste en las tres actas":* [las cuales, según se detalla en el número 17 de la sentencia de alzada concretamente son: Acta de detención, de las dieciocho horas con diez minutos del día dos de mayo de dos mil catorce, Acta de inspección ocular de las diecinueve horas del día dos de mayo del año dos mil catorce y acta de inspección ocular de las veinte horas con treinta minutos del día veintiséis de agosto de dos mil catorce]... "Número *23... se advierte que las actas a las que hacen alusión los apelantes fueron valuadas de manera positiva por el juez sentenciador* como *pruebas"... "Numero 24... las actas cuestionadas por la defensa... las relativas a la inspección, conforman lo que el Código determina como actos urgentes de comprobación, y la normativa les concede adjudicación de medios de prueba, en efecto, las inspecciones con sus diferentes modalidades se encuentran reglamentadas en el Capítulo 11 Actos Urgentes de Comprobación", Sección Primera. Inspección del lugar del hecho"..."*

Asimismo en el considerando jurídico, número 26 dijo: *"en cuanto al... acta de captura de los justiciables de fs. 92... se debe indicar que tal acta se encuentra íntimamente ligada a los actos de inspección que se practicaron en el escenario del delito, puesto que estos agentes fueron los primeros en llegar al lugar, de ahí que dicha acta, es complementaria de la actividad más específica de la inspección, puesto que en el acta consta"[…] por lo que nos manifestaron que nos hiciéramos presentes a la escena en mención para custodiarla, pero se da el caso que cuando nos apersonamos a la dirección de la detención, observamos al primer imputado [...*] el *cual se encontraba barriendo y a la segunda imputada* [...] *lanzado agua con un recipiente sobre la acera donde al parecer se encontraba la sangre del lesionado y observando que prácticamente ya no había sangre en la escena, luego por medio de la voz pública nos manifestaron que la tercera detenida* [...] *había recogido un casquillo del arma de fuego perteneciente a dicha escena, por lo que de inmediato abordamos a la ahora tercer detenida quien sin mediar* más palabra, ella misma nos dijo que había recogido el casquillo aduciendo que lo estaba guardando para cuando viniera la policía […] [fs.92]-"

En igual sentido en el considerando número 28 fundamento: *"...habrá de señalarse, que los agentes de policía, [...], declararon en la vista pública [fs. 1086 a 1087]... sobre toda la actividad que realizaron en el lugar de los hechos, y lo relativo a la captura de todos los sindicados, que fue precisamente* lo *que docu-*

*mentaron en el acta cuestionada... Número 29.... en este caso la prueba testimonial es primordial y la valoración del acta solo es accesoria a la declaración, pues por sí sola, tal acta no tendría validez, a menos que incorpore... actividades vinculadas a actos urgentes...".*

A partir de los argumentos trascritos, es posible segregar que en la resolución objetada, se acredita por segunda instancia a partir de las declaraciones de los agentes y las actas de inspección y de captura, un conocimiento de la imputada del cometimiento de un delito y la alteración de los rastros, en la escena donde este se produjo, elemento al que refiere el Art. 308 en su numeral 2 Pn, pues a ese momento tal como lo relaciona la Cámara, los agentes ubican a la procesada en poder el cartucho que ella misma afirma sustrajo de la escena del delito, casquillo que guarda relación con el artefacto que produjo las lesiones que cegaran la vida al ahora occiso, ya que estas fueron asestadas con arma de fuego.

Ahora bien, la sola comprobación de una de las conductas que sanciona el delito de Encubrimiento, no es suficiente para tener por inferida la presencia del elemento subjetivo, es decir la voluntad de la encartada de cometer el ilícito, pues es necesario tener en cuenta que la determinación del elemento subjetivo requerido para la subsistencia de una infracción penal, exige un análisis pormenorizado que debe llevarse a cabo sobre la base de la totalidad de elementos debidamente incorporados al proceso, pues de no ser así se estaría vulnerando el principio de legalidad, Art. 15 Cn y el principio de responsabilidad Art. 4 Pn.

En el presente caso, no puede pasarse inadvertida la ausencia de consideraciones motivadas que expresen sin lugar a duda cuales fueron los elementos que permitieron inferir que la procesada tomo el casquillo con la voluntad de procurar o ayudar a alguien a alterar los rastros o pruebas del delito, en especial cuando concurren en las declaraciones realizadas por los agentes policiales expresiones en las que manifiestan que la encartada, sin mediar más palabras cuando éstos se avocaron a ella, esta de manera fluida les manifestó que había tomado el casquillo con el objeto de guardarlo para cuando la policía llegara.

Tal circunstancia debió ser analizada por parte de la Cámara, a efecto que la imputada tenga claridad de los aspectos en que se sustenta la conclusión y el fallo que confirma la condena dictada por primera instancia, y porque aun cuando existen las expresiones de los agentes, el tribunal de alzada consideró que no faltaba objetivamente ningún elemento del tipo.

Desde esta perspectiva, las manifestaciones que han sido señaladas en el recurso y tomando en cuenta lo analizado en la resolución de alzada, la Cámara tenía necesariamente, -respecto del análisis objetivizado en relación al elemento subjetivo-, que plasmar las inferencias sobre las cuales deriva el dolo en el actuar de la procesada, detallando por parte de la misma, no solo la presencia de una alteración de la escena, sino un actuar dirigido a procurar o ayudar a obtener la modificación de los rastros o pruebas del delito, tal como lo requiere el caso del Encubrimiento, lo cual no se advierte en el proveído de mérito, dejando huérfana la sentencia en este punto de la motivación requerida Art. 144 Pr.Pn, lo anterior, a efecto que la resolución tenga la fuerza de demostrar a los demás la razón de su convencimiento, basado en las leyes de lógica, los principios de la experiencia y

los fundamentos científicos de la determinación judicial, tal criterio se encuentra sustentado en resolución de las ocho horas con quince minutos del veintiuno de octubre de dos mil cinco, proveída bajo referencia 490-CAS-2004.

Sobre la base de dichas premisa, esta Sala considera procedente casar la resolución y ordenar su reenvió a efecto que sea un nuevo tribunal quien lleve a cabo el análisis respectivo y conforme a derecho dicte de forma motiva el fallo respectivo."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 310C2016, fecha de la resolución: 28/10/2016*

## ENTREGAS VIGILADAS

INNECESARIO QUE PARA CADA UNA DE ELLAS DEBA EMITIRSE UNA ORDEN, PUES DIFICULTARÍA TAREAS DE INVESTIGACIÓN

**"1.** El Licenciado [...], alega que la motivación de la sentencia es ilegítima, por basarse en prueba ilícita. Arts. 175 y 478 No. 2 Pr. Pn y 5 de la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja.

Afirma, que no existió una orden escrita de carácter especifica por parte del fiscal para llevar a cabo, en cada fecha particular, las entregas vigiladas, porque se realizaron cinco entregas y en todas las actas consta lo siguiente *"...no se procedió a la captura ya que según dirección funcional del fiscal del caso únicamente se realizaría una entrega vigilada..."*.

Considerando la Cámara que, en el proceso consta la autorización que el agente fiscal de la Unidad de Antiextorsiones solicitó a la investigadora [...], agente de la Policía Nacional Civil, para realizar dispositivos de entregas vigiladas, entendiéndose que con una sola autorización basta para que miembros del cuerpo policial se coordinen en la implementación de dispositivos de entregas vigiladas de dinero, con el objetivo de individualizar a las personas que lleguen a recoger el dinero, sin verse en la necesidad de proceder en cada una de las entregas con una autorización fiscal para que los agentes asignados puedan actuar en los mismos.

Sin embargo, la defensa estima que para cumplir los requisitos establecidos en el Art. 5 de LCCODRC, se requiere que el fiscal del caso otorgue una autorización por escrito para cada caso en particular, que no debe confundirse este requisito de legalidad del procedimiento con la llamada dirección funcional, como lo ha interpretado la Cámara, la cual es de un carácter genérico, cuando el legislador va más allá y exige la autorización para cada caso de entrega vigilada.

Luego, relaciona la resolución número 555-CAS-2011 emitida por esta Sala, donde se dijo *"... el Art. 5 de la LCCODRC... demanda la presencia de un documento donde el ente acusador plasme su autorización para utilizar operaciones encubiertas o entregas vigiladas, convirtiéndose dicha formalidad en un bastión del respeto de garantías fundamentales del proceso.... Tal como lo planteó el defensor, en el expediente judicial no consta el escrito donde el fiscal del caso autorizó la ejecución de la quinta entrega vigilada, ejecutada el día... en donde*

*se identificó al imputado... En ese sentido, este Tribunal como garante de la legalidad, advierte que la carencia de la autorización de las entregas vigiladas, provocó indefensión con menoscabo real y efectivo a los* derechos *constitucionales...".* En el mismo sentido, asevera se resolvió en la causa bajo referencia 238-CAS-2010.

Concluyendo que, en el caso de autos, la esencialidad del vicio radica en la carencia de autorización por escrito y específica por parte del fiscal, al no constar que se haya realizado la misma y puntualmente en la entrega controlada número tres, hecho atribuido al imputado [...], configurándose una ilegalidad del procedimiento por falta de autorización fiscal, solicitando el defensor se anule la resolución pronunciada por el tribunal de sentencia y que fue confirmada por la Cámara.

**2.** Al respecto, es pertinente retomar lo considerado por el tribunal de alzada, quien expresó lo siguiente: *"En el caso que nos ocupa, se cuenta a fs. 23 Autorización de fecha veinticuatro de abril de dos mil trece; que el licenciado [...], Agente Fiscal de la Unidad de Antiextorsiones, solicitó a la investigadora [...], quien es agente de la Policía Nacional Civil de la División de Investigación de Extorsiones, para realizar dispositivos de entregas vigiladas. Y se entiende que con una sola autorización bastará para que miembros del cuerpo policial se coordinen en la implementación de dispositivos de entregas vigiladas de dinero, con el objetivo de individualizar a las personas que lleguen a recoger el dinero, sin verse en la necesidad de proceder en cada una de las entregas de dinero con una autorización fiscal para que los agentes policiales asignados puedan actuar en los mismos.--- Por lo que queda claro, que en el presente proceso si existe una autorización de parte de la Fiscalía (...) hacia la investigadora [...], para actuar en los dispositivos policiales de entrega controlada de dinero; y véase que en la jurisprudencia que señala el defensor particular, se refiere a aquellos casos en los que no consta en el proceso la autorización legal emanada por FGR hacia el agente policial que se encargará de emplear los métodos especiales de investigación, por todo lo antes dicho en el presente caso, todas las actuaciones tienen validez jurídica, y se encuentran bajo el ordenamiento jurídico aplicable."* (Sic).

Lo anterior, es compartido por esta Sala, por cuanto, al examinar las diligencias que se encuentran anexadas al proceso se ha podido constatar, que a fs. 1 de la primera pieza, está agregado el requerimiento fiscal de fecha veintitrés de octubre de dos mil catorce, dirigido al Juzgado Especializado de Instrucción de San Salvador, iniciando la persecución penal en contra del procesado [...] y otros procesados, por atribuírseles la comisión del delito de Extorsión Agravada, causa penal que se originó bajo las reglas establecidas en la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja, por lo que debía constar, para el seguimiento, investigación y demás diligencias, escrito de la respectiva dirección funcional.

Es por ello, que a Fs. 22 de la primera pieza del expediente judicial, consta la dirección funcional de fecha veinticinco de abril de dos mil trece, girada por el fiscal del caso [...], documento en el que se encomienda realizar una serie de diligencias de investigación en el delito de Extorsión atribuido a varias personas,

entre ellas: *" 7) Si es procedente realice operativo de vigilancia y seguimiento a los sospechosos de acuerdo a la información proporcionada por la víctima (estar pendiente de él y mantener una comunicación continua) levantando actas de cada uno de los pasos seguidos. Montar anillos de vigilancia y seguimiento a la hora de la entrega, individualizar e identificar a las personas que lleguen a recoger dicho dinero (...) 8) Si logra la individualización de las personas que resultaren responsables, le solicito levante acta respectiva en cuanto a la forma en que lo realizó, describiendo cada paso seguido (...). (Sic).* A Fs. 23 se encuentra agregada la autorización -con fecha veinticuatro de abril de dos mil trece- a la investigadora del caso [...] para realizar dispositivos de entregas vigiladas.

Debe tenerse en cuenta, que la función posterior de una entrega vigilada o controlada como actividades de seguimiento o vigilancia que ejecutan agentes policiales, tiene como objetivo detallar la entrega de objetos producto de hechos delictivos, con el propósito de verificar la información que se conoce sobre un delito en investigación, como fijar la escena del delito, vigilar la zona e individualizar a posibles incriminados.

Se ha establecido en el presente caso, que después de presentada la dirección funcional se organizaron las respectivas entregas vigiladas, dando como corolario el acta de resultado de dispositivo de la tercera entrega, de fecha veintisiete de agosto de dos mil trece, -Fs. 57- en donde consta la diligencia policial consistente en efectuar entrega controlada, con el objeto de individualizar e identificar al o los sujetos que llegaran a recoger el dinero exigido a la víctima. Identificándose a [...], como una de las personas que recibió -de otro sujeto- el dinero entregado como producto de extorsión.

Es decir, que las diligencias policiales que se promueven en el desarrollo de las investigaciones indicadas, han sido ejecutadas con los lineamientos legales correspondientes y con la coordinación investigativa que resulta de la dirección funcional que se encuentra agregada materialmente a la causa; diligencias enfocadas precisamente para la averiguación e individualización de los presuntos implicados en el hecho delictivo. Lo cual resulta diferente a la jurisprudencia citada por el recurrente, donde el documento que autoriza el empleo de entrega vigilada para la investigación de los delitos, es inexistente.

Además, no es necesario, como lo dice el recurrente, que para cada entrega vigilada que se realice se deba emitir una orden, pues, tal circunstancia vendría a ser un inconveniente formalista que dificultaría las tareas de investigación.

Por lo tanto, a criterio de la Sala el razonamiento del impugnante carece de fundamentos jurídicos como para generar una modificación respecto a la decisión del tribunal de alzada, ya que en el presente caso se cumplen los presupuestos necesarios como para establecer el cumplimiento de las garantías fundamentales que establece un proceso legítimamente configurado, en lo relativo a la dirección funcional y entregas vigiladas; por cuanto, a partir de lo plasmado en el documento se observa que la exigencia del Art. 5 de la Ley Especial Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja se ha visto cumplida, pues, consta por escrito la autorización para que se llevara a cabo las entregas vigiladas que se dieron y que devino en la captura de los imputados; por tanto, todas las probanzas fueron introducidas legalmente por contar sus actuaciones

con la respectiva dirección funcional, en consecuencia, el motivo alegado deberá desestimarse."
*Sala de lo Penal, número de referencia: 308C2016, fecha de la resolución: 21/12/2016*

## ESTAFA AGRAVADA

EL CONTROL DE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA NO VULNERA EL PRINCIPIO DE LA LIBRE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

"Esta Sala estima que el motivo alegado por la impetrante debe ser estimado, por las razones que a continuación se detallan:

Sobre el tema en discusión, se ha sostenido lo que a la letra dice: "los jueces de sentencia por unanimidad fallaron absolviendo a los imputados, en razón de estimar que la conducta es atípica, pero sin establecer los hechos, ni efectuar el correspondiente análisis crítico de la prueba documental, pericial y testimonial sometida a discusión, sino que se limitó su análisis a desarrollar una de las categorías analíticas de la teoría del delito, como lo es la tipicidad de la conducta atribuida a los imputados, por lo que la sentencia documento contiene el defecto de falta de motivación, por carecer de una fundamentación intelectiva, lo cual da lugar a que no sea completa, es decir no está referida tanto al hecho como al derecho, por la omisión de valorar la totalidad de las pruebas (...)". (608-CAS-2008) de fecha 20/09/2011).

En casación, la sana crítica funciona sin limitación alguna respecto a la admisibilidad lógica de los elementos probatorios, por tanto el control de estas reglas, en realidad no afecta o limita el principio de la libre apreciación de la prueba, sino que es inherente a éste y no tiene otro propósito que el convencimiento de la verdad. "La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el Juez logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa, valorando la prueba con total libertad, pero respetando al hacerlo los principios de la recta razón, es decir, la normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común" (CAFERRATA NORES, José: La prueba en el proceso penal, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988, pág. 42)."

ACREDITACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DELINCUENCIAL DEL SUJETO ACTIVO EN LA OBTENCIÓN DEL INMUEBLE A TRAVÉS DE ENGAÑOS

"7.- La Sala al analizar el caso de autos, denota que efectivamente la Cámara de la Tercera Sección de Occidente al conocer la apelación incoada y confirmar la sentencia absolutoria, ha infringido las reglas de la sana crítica concretamente la lógica en la vertiente de derivación y razón suficiente, ya que tal como consta en el texto de la sentencia, no podía confirmar una sentencia en la cual no se realizó un análisis crítico de las probanzas inmediadas y valoraras, pues de lo ratificado por la Cámara de Segunda Instancia sólo se revela que se han referido únicamente a los instrumentos públicos que se otorgaron como la

venta con pacto de retroventa donde la señora […], dejó en garantía su vivienda a un plazo de seis meses; a favor del señor […], (prestamista) por la cantidad de cuatro mil quinientos dólares; vencido el plazo; el titular del inmueble haciendo usó de su derecho vende el inmueble a la procesada […], por el precio de seis mil doscientos dólares; que se acreditó en juicio que hubo un contrato de arrendamiento suscrito por la imputada en calidad de arrendataria y la víctima en calidad de arrendante respecto del inmueble y que, la cuota de ciento setenta y cinco dólares era por el canon mensual de arredramiento, aduciendo la Cámara que con las probanzas controvertidas denotó que no hubo engaño, ni perjuicio económico para la víctima.

Advierte la Sala que, según el texto de la sentencia la Cámara no hizo un análisis crítico de todos los medios probatorios, pues de la deposición por la víctima y testigo se obtienen elementos que tiene corroboración con el dicho del testigo de cargo señor […], en el sentido que entre ellos hubo un acuerdo referido a que la señora […] le iba a cancelar la deuda y recuperaría su casa y el señor […], le devolvería el inmueble; para ello la señora le comentó la situación a la acusada, quien era vecina y por trabajar en […], quien le dijo que no se preocupara que ella le ayudaría, luego le expresó que en la caja de crédito se estaba tardando, pero que los seis mil dólares que ella necesitaba ella se los iba a prestar y que dicha deuda se la pagaría por cuotas de ciento setenta y cinco dólares, que le dijera al señor […], que se presentará a la Caja de Crédito; que se presentaron […], y éste recibió el pago de manos de […] y ésta le expresó que fuera al día siguiente que le daría copia de la escritura y no se la dio; la víctima el día once de julio le llevó la primer cuota a […]. Luego, según el dicho de la testigo víctima, intentó seguir pagando las cuotas del préstamo a la acusada y ésta mostraba evasivas y por último le expresó que la casa ya era de ella y buscará para donde irse y sino la echaría a la calle […].

Esta Sala observa que la Cámara al no haber efectuado un análisis crítico y concatenado, no se percató que el testimonio del señor […], se encuentran algunos elementos que se relacionan con lo manifestado por la señora […], respecto a que ella gestionaría un crédito para pagarle y el segundo en que le devolvería su casa, que quien le iba a pagar los seis mil dólares era la imputada […], que el día que se presentó don […], a la caja de crédito, la procesada […], le hizo firmar un recibo por el dinero recibido y que también firmó un documento que no supo qué clase de documento era, y que cuando firmó el documento la vivienda estaba a nombre del testigo, es decir, […].

En ese sentido, la Sala entiende que, de las probanzas vertidas e inmediadas tanto por el A quo como por la Cámara, se deriva también la hipótesis de que la procesada con probabilidades obtuvo el inmueble a través de engaños, astucia ya que, la señora […], según consta en el expediente judicial, estaba obteniendo un préstamo de la procesada, con la creencia que recuperaría el inmueble, su casa donde ella habita con su grupo familiar; sin embargo, el testigo […], afirmó que él entendía que el documento que le había firmado a la procesada era la escritura de la víctima, no obstante, la acusada se traspasó directamente la casa, y que cuando él firmó el documento, la vivienda aún estaba a nombre del testigo […] luego señaló que la vivienda estaba valorada en cincuenta mil dólares. […].

Asimismo, con relación al recibo que la imputada […], suscribió en concepto de la primera cuota por […], y que en opinión de la Cámara seccional no era vinculante respecto de la acusación de la víctima; argumento que no resiste al análisis crítico, pues la Cámara debió ponderar el mismo en forma objetiva e integral con el resto de la prueba, de conformidad con el art. 175 in fine CPP., en relación con los arts. 179, 244 y 394 Inc. 1° CPP., pues según el texto de la sentencia, el referido recibo, sí tiene relevancia en la discusión del caso de autos, pues contiene elementos vinculados al caso, en el cual la procesada firmó de recibido a la señora […] la cantidad de […] que correspondía a la primera cuota del supuesto préstamo que la procesada le había hecho a la señora […]; empero, el Ad quem expuso que tal recibo se trató de la primer cuota por el contrato de arrendamiento entre la procesada y la víctima, argumentos que la Sala denota que no está conectado con el asunto en debate, pues del contenido del recibo mismo, no se expresó que era en concepto de canon por arrendamiento; por ello es dable pensar según lo que se tiene descrito en la sentencia de mérito, que con probabilidades esa primera cuota es relativa al préstamo que la testigo víctima suponía tener con la acusada.

Además, la Sala verifica que el contrato de arrendamiento que se aduce, según consta en el acta de audiencia especial, éste no fue admitido, por no haber sido ofrecido en la audiencia respectiva y curiosamente en el acto de apertura a juicio se incorporó, […]; aparte de que consta en autos que la testigo víctima negó haber firmado dicho contrato de arrendamiento. […], y no está reflejado en autos prueba caligráfica que concluya que la firma que contiene dicho documento sea de la señora […], por ello subyace con probabilidades la sospecha que la procesada actuó con malicia."

EFECTO: ORDENASE LA REPOSICIÓN DE LA SENTENCIA CASADA POR ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA SOBRE LA EXISTENCIA DEL DELITO Y LA PARTICIPACIÓN DELINCUENCIAL

"8.- En ese sentido, el fundamento central de la Cámara en cuanto que en el caso en particular no hubo engaño, error, ni mucho menos un perjuicio patrimonial porque la víctima no era la titular del bien inmueble; este tribunal advierte que al efectuar un análisis simple de dichos instrumentos se llega a tal premisa; empero, es un criterio meramente civilista, pues al haberse aplicado las reglas de la sana crítica, la lógica, las máximas de la experiencia y efectuar un análisis crítico y serio de las probanzas controvertidas en forma conjunta, probablemente la inferencia pudo haber sido otra. Aunado a ello, según la sentencia recurrida la prueba pericial) concluyó que la víctima presentó secuelas psicológicas y es dable pensar que fue producto del ilícito del que fue objeto.

La Sala también verifica que, la misma Cámara […], manifestó que de tales circunstancias se podía colegir la posibilidad de que existiese una confusión respecto a la forma en que se garantizó la deuda contraída por la señora […], con la justiciable, las circunstancias de cómo se dio el hecho, acotando el Ad quem que hubo una confusión, lo que esta Sala traduce en un error manifiesto fraguado en detrimento económico de la víctima […].

En consecuencia, habiéndose comprobado el defecto alegado por el impetrante, art. 179 en relación con el art. 478 n° 3 CPP., es atendible y por ello la pretensión recursiva debe ser estimatoria y así será declarada."
*Sala de lo Penal, número de referencia: 12C2016, fecha de la resolución: 08/07/2016*

## ESTAFA

INCUMPLIMIENTO DE CLÁUSULA CONTRACTUAL NO DERIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE UN ILÍCITO PENAL, ANTE LA FALTA DE ACREDITACIÓN DEL ELEMENTO ENGAÑO

"De lo trascrito se desprende que la fundamentación fáctica del caso, se circunscribe a las relaciones jurídicas contractuales que se han producido entre el Banco […] y los procesados, relación que se encuentra revestida por efectos legales entre los cuales se encuentra la exigencia de una garantía prendaria bajo el deber de cuidado de los depositarios.

Junto a lo anterior se denota que las afirmaciones proveídas por la Cámara, refieren al análisis del primer elemento conductual que debe estar presente en todo ilícito calificado como Estafa, y que concierne al "Engaño o ardid", manifestando en síntesis el referido tribunal, que en los autos, concurre una acción que trasgrede el ámbito contractual, mas no alcanza la configuración de un contrato criminalizado, pues con los elementos arrojados al juicio, si bien se acredita la concurrencia de una relación crediticia entre el Banco […] y los encartados, no se establece la presencia del dolo por parte de estos últimos, en su acción al solicitar el crédito y ofrecer una prenda sin desplazamiento, la cual fue aceptada por el banco.

Dicha relación de acuerdo a lo expresado en el libelo impugnativo, es la examinada mediante peritaje contable realizado por el licenciado […], quien analiza los dos rubros de línea de crédito, a los cuales hace mención la Cámara en el acápite de su resolución denominada "Hechos Imputados" y en los respectivos considerandos jurídicos, donde transcribe algunas cláusulas que componen los mismos.

A partir de ello, la Cámara procede al estudio de esa relación contractual frente al delito que se imputa, llevando a cabo un análisis respecto al tipo y los elementos que deben concurrir para tenerlo por configurado, pues la ausencia de uno de estos deriva en la imposibilidad de que el hecho acusado supere el análisis de tipicidad.

Considerando lo anterior, el tribunal Ad quem realza que tanto el ardid como el engaño suponen un esfuerzo persuasivo con orientación final a lograr un error patrimonial perjudicial en el destinatario, elemento necesario para que se tenga por probado el delito y que los imputados […], al momento de solicitar y constituir los contratos con el Banco, hubiesen presentado un escenario falso respecto a la prenda sobre inventarios de licor y materiales de ferretería, y que tal circunstancia haya producido que la institución crediticia tuviera una percepción inexistente respecto a la solvencia monetaria de los mismos, aprobando la apertura de la línea de créditos, bajo una idea aparente de liquidez.

En este punto, es imperioso acotar que los impugnantes refieren a un engaño por parte de los recurrentes, dado que los bienes detallados en la prenda no existían al momento de constituirse la misma. Ahora bien, el tribunal de segunda instancia, en los considerandos veintitrés y veinticinco de su resolución transcribe una cláusula del contrato de crédito rotativo, en la cual el Banco acepta y recibe en ese acto la prenda que a su favor se constituye. Acto contractual que a criterio de la Cámara confirma por parte de la institución crediticia un aval a lo expresado en los inventarios y por tanto a la cantidad y valor de la prenda, ello se produce ante la validez que revierte el documento, en el cual ambas partes expresan conformidad con todo lo que en este se detalla.

Junto a ello, posterior a relacionar las cláusulas en comento, la Cámara despunta que no basta con atribuir a los encartados el ejercicio de un engaño con relevancia penal, pues era indispensable que la Sociedad que se presenta en calidad de víctima acreditara haber ejercitado la debida diligencia en los giros propios de su actividad, es decir, que conforme a los contratos, ésta debió ejercer su derecho de inspeccionar y revisar la prenda, y en caso de verificar el deterioro o la ausencia de la misma, exigir a los deudores que mantuvieran el valor pactado y en caso de ser imposible cumplirlo, diera por vencido el contrato, volviéndose exigible la obligación en su totalidad, todo ello se ciñe al entendido de un quebrantamiento contractual, lo cual no da apertura a la instancia penal, y es por ello que la representación fiscal solicitó se decretara sobreseimiento definitivo a favor de los incoados, el cual fue proveído por el tribunal instructor.

A partir de lo expuesto, esta Sala al conjugar los puntos argüidos por los querellantes junto con la resolución de alzada, advierte que dentro de su contenido, en efecto no existe en los considerandos jurídicos relación literal del contenido de la pericia contable del licenciado […], y la Carta firmada por el señor […].

Ahora bien, esta Sala ante la omisión advertida, procede a descender mediante el empleo del método de inclusión mental hipotética, al contenido de la prueba relacionada supra, a efecto de corroborar su incidencia para determinar si la misma tenía la aptitud legal para acreditar el elemento “engaño”, como presupuesto del tipo penal descrito en el Art. 215 Pn, y para ello se harán las trascripciones respectivas de los contenidos relacionados en el recurso de apelación, pues, es con estos que la querella buscó probar el referido elemento, dando inicio con la sección de la carta del señor […], en la que se expresa lo siguiente:

Manifiesta el señor […] su: “interés de adquirir en forma parcial y en la medida que vayan surgiendo las necesidades de abastecimiento, para lo cual se pagaran los impuestos respectivos, se introducirá al país y de ser requerido mi representada firmará en favor de […] la documentación que fuere pertinente”. (Sic). […].

Al respecto los impetrantes señalan, que tales manifestaciones permiten afirmar que la prenda era inexistente al momento de la firma del contrato, ante tal situación, esta sede se remite a la resolución de alzada donde encuentra trascrita la cláusula de las garantías prendarias y junto a ello su lugar de radicación, el cual es también reiterado en la inspección realzada del valuó de inventario del señor […], realizado sobre la garantía en comento. En dicho, informe expresa:

"Una parte del producto se encuentra en la bodega del recinto fiscal del Ministerio de Hacienda, ubicada en […], a la espera de cancelación de impuestos de importación de parte de la empresa solicitante […]. El resto del inventario se encuentra en la Bodega […].

La primera de las direcciones expuestas supra, se constituye como el lugar donde originalmente acorde al instrumento de crédito debía radicar la prenda (tal como consta de la trascripción de las cláusulas contractuales que se relacionan en la sentencia de Cámara), y la segunda, en la información recabada en el inventario, logrando advertirse por parte de esta sede que la dirección del contrato crediticio ubica el inventario de licores en una bodega del Ministerio de Hacienda, lo cual acorde a lo expuesto en el documento suscrito por el señor […], se encuentran a la espera de pago de impuestos respectivos.

A partir de lo anterior, se advierte que la primera dirección es la que era de conocimiento del Banco acreedor y esto conforme a las máximas de la experiencia y la lógica, permitió derivar que el Banco acreedor al firmar el contrato de crédito tenía conocimiento del lugar donde materialmente estaban los bienes pignorados, no siendo correcto afirmar una inexistencia material por la falta de pago de dicho impuesto y en especial cuando de la carta y el inventario relacionado supra se logra comprender que el señor […], reconoce la existencia de los licores y aclara que unos ya se encuentran ingresados mientras otros debían pagar el impuesto respectivo. La circunstancia señalada desvanece la afirmación de los recurrentes reiterándose la ausencia del "engaño" al cual refiere la Cámara.

Por otra parte, se encuentra la pericia contable del licenciado […], respecto de la cual los peticionarios expresan que en el punto cuatro (análisis financiero sobre los activos que garantizan el financiamiento y desembolsos ejecutados por el Banco) y el punto cinco (desarrollo de análisis financiero básico sobre inventarios que la institución financiera recibió de los ejercicios […]), determinan circunstancias que permiten establecer la participación del actuar doloso y el engaño por parte de los procesados, señalando los peticionarios junto a lo anterior que en el punto siete se detalla la diferencia del monto de la prenda, la cual se expresa en dicha pericia que al constituirse la misma en el acto contractual ascendía […].

A efecto de emitir pronunciamiento respecto de tales afirmaciones, esta Sala considera procedente la remisión a la pericia contable […], en especial a los puntos señalados por la querella, los cuales están referidos a:

Los estados financieros contables del año […], un balance de comprobación e inventarios realizados en los años […]. Asimismo se refieren a los valores de las garantías prendarias dados por las empresas, ascendiendo el primero de ellos a […]. En el mismo sentido se relaciona el monto expresado en la inspección realizada al valuó de inventario de licor emitida por la Sociedad […], el cual refleja una diferencia entre la primera prenda relacionada en líneas previas y el monto mantenido por la sociedad […] a la fecha de la realización de la inspección, el cual asciende a […] y junto a ello se hace mención al interés de compra de la referida garantía por parte del señor […].

Al incluir hipotéticamente la pericia en comento, esta Sala desglosa de forma clara y puntual que su contenido se perfila sobre un examen a los actos con-

tractuales de crédito suscritos por las Sociedades […], detallándose en un primer momento, los puntos sobre los cuales se rigen estos contratos, tales como el monto, destino, plazo de los créditos; etc., analizándose en igual sentido pericias contables llevadas a cabo sobre el cálculo de intereses normales y moratorios efectuado por el Banco, con el objeto de validar el monto reclamado a las Sociedades respecto de los actos contractuales y con el fin de reflejar el saldo contable de las deudas que dichas Sociedades tenían para con el Banco.

Junto a lo anterior, se muestran estudios sobre las auditorías externas e informes financieros que presentaron las Sociedades al momento de gestionar los financiamientos que dieron origen a los contratos, aunado a los cuales se explaya un análisis financiero sobre los activos que garantizan los actos contractuales (prendas), determinándose que estos sufrieron un descenso respecto del monto con el que inicialmente se pactaron, haciéndose una clara alusión […] a uno de ellos.

En lo que respecta al tema de la garantía prendaria, se advierte que la pericia contable apunta la reducción de su valor, lo cual de acuerdo a los eventos cronológicos que se detallan dentro de dicho documento, se produjeron en tiempo y espacio posterior a la celebración de los actos contractuales, entendiéndose que al momento de celebrarse los mismos, estos guardaban el monto que se detalla en los contratos, circunstancia que permite advertir a esta Sala que con dicha pericia, especialmente los puntos a los que refieren los querellante, no se logra acreditar el elemento engaño, puesto que los datos proporcionados sustentan un incumplimiento de contrato, tal como lo refleja y deja claramente señalado la referida pericia, al analizar los puntos contractuales junto con las obligaciones que estos derivaban, como lo son, en el caso de la garantía prendaria, que los deudores velen por la integridad de la misma y en el caso del Banco ejercer su derecho de inspección, a efecto de verificar que el deudor está cumpliendo su obligación.

Por otro lado, con lo arrojado por la pericia relacionada supra, se descarta claramente la posible presencia de un engaño, pues en esta se detallan pagos parciales respecto de los montos adeudados e inventarios en los que se acreditaba la existencia de la prenda, actos que divisaban un ánimo de satisfacer la deuda adquirida, aspectos que se encuentran fortalecidos con el posterior incremento del monto financiado por parte del Banco en lo que respecta a tales créditos, lo cual refleja una complacencia por parte de la acreedora en la relación contractual dado que se estaba respetando lo pactado, siendo en un periodo posterior que concurrieron las infracciones de pago por la parte deudora, lo que llevo al acreedor a examinar el monto que se encontraba en mora y procediera a inspeccionar la garantía prendaria, acto que ejecutó ante el incumplimiento de una cláusula contractual, situación que no deriva en un delito penal de Estafa.

Es importante señalar que los puntos contractuales han sido objeto de un vasto análisis por parte del Tribunal Ad quem, quien advierte la concurrencia de una clara violación a lo acordado contractualmente y afirma que la misma no deriva en la constitución de un ilícito penal, criterio que es compartido por esta Sala, pues el elemento engaño, no se ha producido, lo cual es posible afirmar, sobre la base de lo arrojado por la pericia (elemento sobre el cual descansa el alegato de

los querellantes ante esta sede casacional), dado que en dicha auditoría el perito que la practicó, tal como se desprende de la sentencia, no manifestó que la prenda aceptada por el Banco fuera irreal al momento de celebrarse la contratación o que esta ostentara un valor diferente al detallado en los inventarios presentados al Banco, puntos sobre los cuales podría desprenderse la existencia de un actuar doloso por parte de los encartados, si ese fuese el caso.

Aunado a lo anterior, el tribunal de segunda instancia recalca que la inconsistencia que tiene la prenda ofertada en el año […] y sobre la cual se lleva a cabo inventario en el […] (debido a las cláusulas contractuales), produce una terminación del contrato, mas no así un ilícito penal, pues en relación al documento y la garantía otorgada, no se ha demostrado que en el momento de constitución del crédito existiera un engaño, por tanto el examen sobre los puntos de la misma no resulta decisiva ni conmina el pronunciamiento de la Cámara, respecto del cual se impugna la presencia o no del engaño.

En razón de tales argumentos, esta sede Casacional advierte que aun cuando no se hace por parte de la Cámara un examen integral de la pericia y de la carta del señor […], al llevarse a cabo el examen de inclusión mental hipotética, se demuestra que tales pruebas no modifican o alteran el pronunciamiento de la Cámara, en el cual se fundamenta y se motiva la ausencia del elemento subjetivo del tipo penal para que concurra el delito de Estafa, tal como lo es el "engaño o ardid", presupuesto que no logró ser acreditado, pues todo el contenido que arrojan dichas pruebas se dirigen a demostrar la existencia de un incumplimiento de contrato, mas no que este sea criminalizado, tal como lo expone el tribunal de alzada."

QUEDA EXPEDITO EL DERECHO A LA VÍCTIMA ACUDIR A LA INSTANCIA RESPECTIVA DADO EL INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO

"Es importante recordar en este punto que el derecho penal se constituye como la última ratio, para la sanción de conductas que derivan en actos contrarios a derecho, en vista de lo cual es conducente que en el presente caso, dada la concurrencia del incumplimiento en comento, se deja expedito el derecho a la víctima, para acudir a la instancia respectiva para que esta le de tratamiento jurídico que corresponde.

Por lo anterior, la Sala advierte que los elementos señalados supra, no tienen una incidencia de tal entidad, que priven de sustento el dispositivo de la sentencia, por lo que este debe mantenerse incólume."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 221C2016, fecha de la resolución: 01/11/2016*

DIFERENCIA ENTRE EL DOLO CIVIL Y DOLO PENAL

"Oportuno es, en este punto, recordar la distinción entre el dolo civil y el dolo penal, en cuya línea divisoria presenta una sutileza tal, que puede dar lugar a la confusión de dichos ámbitos. La delimitación existe, sin embargo, una conducta con naturaleza aparentemente civil puede tener, carácter penal o viceversa. Para

considerar que el contratante que no cumplió lo acordado y que por ende ha incurrido en una infracción de carácter penal, es preciso acreditar que desde que celebró el contrato había decidido dolosamente no cumplirlo; tiene que demostrarse, por lo tanto, que la operación aparentemente civil, fue engendrada por el dolo penal de una de las partes.

La prueba de ese dolo original, sólo puede consolidarse por medio de aquellos elementos que, debidamente analizados en relación con el contrato de referencia, generen en el juzgador la convicción plena de que el contratante pactó a sabiendas de que no llegaría a cumplir. Si los elementos de prueba sometidos a la consideración del Juez no poseen esa fuerza retroactiva, en cuanto que mediante ellos pueda establecerse la existencia de un engaño en el pretérito, es decir, en la época en que se celebró el contrato, no se puede atribuir, al simple incumplimiento, un carácter penal. Si por el contrario, aquellos elementos permiten establecer que el contratante, mediante el engaño o aprovechamiento del error, produjo en la otra parte la falsa creencia de que cumpliría con lo convenido, debe considerarse su conducta como penal.

En tales casos, el incumplimiento no es otra cosa que la consumación de la conducta delictiva. Así pues, no todo incumplimiento de contrato constituye una mera conducta civil. Adoptar criterio distinto, conduciría a la consideración de que basta que se celebre una operación regulada en principio por el derecho privado, para que su conducta, no obstante la falacia y mala fe de que esté viciada, no puede ser regulada por el derecho penal. Dicha postura desvirtuaría el derecho civil, convirtiéndolo en un escudo para todos aquellos que con el pretexto de celebrar convenidos civiles, tratan de obtener en forma ilegítima y en perjuicio de otra persona algún lucro indebido, y que al amparo del derecho privado escaparían, con el consecuente perjuicio para la sociedad, a la represión del derecho penal encargado de defenderla."

CONFIGURACIÓN CUANDO EL ENGAÑO ES ANTECEDENTE A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO Y EL SUJETO ACTIVO CONOCE DE ANTEMANO QUE NO PODRÁ CUMPLIR CON SU PRESTACIÓN

"De esa forma, la línea divisoria entre el dolo civil y el penal, en relación al delito de Estafa, se sitúa en la tipicidad, de modo que únicamente cuando la conducta del infractor importa el citado dolo antecedente o concurrente, se realiza el tipo penal mencionado, es decir, es punible la acción, quedando fuera de ella el resto de las ilicitudes que no son de índole penal.

Por consiguiente, para que concurra la figura delictiva de que se trata, resulta precisa la concurrencia de los elementos constitutivos de la misma, simulando el autor un propósito serio de contratar cuando, en realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultado a ésta un claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, lo que da lugar al denominado contrato criminalizado.

A estos efectos, si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estaríamos en todo caso ante un dolo subsecuente que, como es sabido, nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de Estafa, como también lo sostiene

la Cámara. En efecto, el dolo de la Estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues, es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del autor, el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño. Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso a los demás elementos del tipo de la Estafa.

Así, la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte; a diferencia del dolo *"subsequens"* del mero incumplimiento contractual. Ordinariamente, en la Estafa, el engaño es antecedente a la celebración del contrato, y el sujeto activo del delito conoce de antemano que no podrá cumplir con su prestación, y simula lo contrario, originando un error en la contraparte, que cumple con su prestación, lo que produce el desplazamiento patrimonial que consuma el delito."

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO AL SER EL DOLO POSTERIOR AL ACTO DE DISPOSICIÓN EFECTUADO

"Respecto a los denominados contratos criminalizados, la Sala ha expresado: "... Ahora bien, para que un negocio jurídico pueda considerarse ilícito o "criminalizado", bajo la óptica de la Estafa, deben concurrir una serie de elementos característicos de la estafa. En primer lugar, debe existir un dolo antecedente

o "incontrahendo". El ilícito penal aparece caracterizado por la intención inicial o antecedente de no hacer efectiva la contraprestación o por la consciente imposibilidad *de* cumplirla, el contrato aparente es el instrumento del fraude, que se genera alrededor del elemento subjetivo —dolo antecedente- plasmado en la voluntad inicial o concurrente de incumplir la prestación que se deriva del acuerdo...". (sic).

Asimismo se ha consignado que: "... *El negocio jurídico criminalizado exige, para su determinación, la constancia de la voluntad inicial de incumplir, como forma* de *engaño concluyente de la disposición patrimonial que sufre el perjudicado.- En segundo lugar, el engaño, que surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar,* pretendiendo *solamente beneficiarse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su intención de incumplir sus obligaciones contractuales y aprovechándose de la confianza y buena fe del perjudicado, con ánimo inicial de no realizar lo convenido, degenera los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de una ilícita voluntad de lucrarse, realizando conductas que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el negocio jurídico bilateral...". (sic).* (Sentencia de la Sala de lo Penal, Ref.178C2015, de las 8 horas y 5 minutos del día 17/08/2015).

Por lo dicho, esta Sala comparte el criterio sustentado por la Cámara, al considerar que el incumplimiento fue posterior, y para que se configure el ilícito que nos ocupa, debe concurrir el dolo defraudatorio, que exige que el sujeto activo actúe con conciencia y voluntad de incumplir desde que se inician los hechos constitutivos del delito —dolo antecedente o concomitante- circunstancia que no se deriva de los elementos probatorios propuestos en la acusación, no existiendo, a juicio de esta Sala, la probabilidad que tal andamiaje probatorio se vea fortalecido en la etapa del juicio, razón por la cual resultó ajustada a derecho la confirmación del sobreseimiento definitivo impugnado, dado que, en este caso, el dolo aparece con posterioridad al acto de disposición efectuado, por ende, no puede fundamentar la tipicidad del delito de Estafa.

De las consideraciones antes expuestas, es posible afirmar que las conclusiones que sostienen la confirmación del sobreseimiento, derivan de la ponderación de los elementos de convicción recolectados en la instrucción, de la que se colige que los argumentos dados por el tribunal de alzada se encuentran apegados a derecho, pues, no se estableció la existencia del engaño como pretendió hacerlo ver en su momento el apelante, por lo que las estimaciones de la Cámara son valederas y conducen a afirmar que ninguna infracción de precepto legal sustantivo se ha producido en la resolución dictada.

En consecuencia, al no haberse acreditado la relación de causalidad entre el engaño provocado y el desplazamiento patrimonial generador del perjuicio, como condición del ilícito, procede la desestimación del motivo."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 405C2015, fecha de la resolución: 16/05/2016*

REQUIERE EXISTENCIA DE ELEMENTOS PROBATORIOS QUE PERMITAN ESTABLECER QUE EL PROCESADO EFECTUÓ ACTOS TENDIENTES A ENGAÑAR A LA VÍCTIMA

"1.- La Sala considera que el motivo debe desestimarse, conforme a los razonamientos que serán expuestos en párrafos subsiguientes, por lo que a efecto de dar respuesta al vicio formulado se advierte que la sede de Apelación en la sentencia recurrida, […].

En relación a lo alegado por el recurrente, se estima oportuno señalar que la motivación de una resolución judicial implica incorporar en la misma las razones fácticas y jurídicas que han inducido al juzgador a resolver en un determinado sentido; lo cual conlleva la garantía del derecho de defensa y de seguridad jurídica. Dicho ejercicio implica extender las razones de convencimiento judicial, exponiendo el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que se llega y los elementos utilizados, aportando consideraciones razonadas con miras a evidenciar su idoneidad para instruir la conclusión que de él se deriva; de no ser así sería imposible comprobar si la decisión ha sido emanada racionalmente de los elementos que obran en el proceso.

Por otro lado, tal como se consideró en la sentencia, en el presente caso no se ha logrado establecer con la prueba incorporada al proceso, que el señor […], haya concurrido a la realización de un injusto penal acordado previamente, en el cual este hubiese dado signos de tener la voluntad de engañar Art. 4 Pn., e

inducir a error y obtener un beneficio o lucro para sí o para un tercero y ocasionar una disposición patrimonial perjudicial a las víctimas pues, a pesar de haber autorizado ante su oficios notariales los dos contratos de promesa de venta, que han sido relacionados en el proveído de mérito, en el análisis probatorio realizado por el Ad quem, no se logra inferir que el indiciado tuviera la voluntad de engañar y recibir dinero producto de la supuesta Estafa para verse enriquecido ilícitamente, o que efectivamente hubiere recibido una parte alícuota producto de una infracción penal pre acordada, pues como se relaciona en el proveído, dicho imputado nunca tuvo contacto con las víctimas, tal como fue considerado en la sentencia […], sino que hasta el día en que se formalizo el negocio jurídico en referencia, por lo que no pudo haber existido un engaño por parte del incoado para inducir a error y ocasionar una disposición y perjuicio patrimonial, como ya se dijo.

De lo anterior, esta Sala advierte que el elemento característico del tipo objetivo de Estafa y que permite diferenciarlo de los demás delitos contra el patrimonio, en razón de lo que le da fisonomía propia es el engaño, no ha sido acreditado dentro del proceso, por lo que ante la falta de concurrencia de este elemento, no se concibe la Estafa, pues dentro de los elementos constitutivos del ilícito en comento, el más importante, es el ardid o engaño, es decir, la acechanza tendida a la buena fe ajena, la impostura apta para defraudar o falacia, maquinación, argucia de que se vale el agente para inducir a error al ofendido o para viciar su voluntad, determinándole a efectuar una prestación que de otro modo no se hubiere hecho.

Generalmente el engaño o ardid debe ser, en el tiempo, antecedente o coincidente del injusto provecho logrado por el sujeto activo y, en una relación intelectual, causante y bastante respecto del perjuicio del sujeto pasivo; de ahí que del tipo penal del delito de Estafa, se deducen los elementos esenciales para la existencia del referido delito, siendo estos; a) El engaño o ardid o cualquier medio de sorprender la buena fe, ya que para que éste engaño se entienda configurado tiene que concurrir el elemento falsario, que altere la verdad, es decir, debe haber una intención de hacer aparecer a los ojos de la víctima, una situación falsa como verdadera; b) El provecho injusto. Esta circunstancia debe guardar conexión con el perjuicio patrimonial del afectado, ya que el bien jurídico que se tutela es el patrimonio; c) El error, que consiste en una representación mental que no corresponde a la realidad, y este elemento del tipo objetivo va a tener relevancia típica si es el resultado de una acción engañosa, en consecuencia, debió haber sido el engaño el que determina la disposición patrimonial injusta y perjudicial, en síntesis, el error debe tener las condiciones de esencial y determinación y d) Ánimo de lucro. El sujeto activo ejecuta su conducta con la intensión de obtener una ventaja patrimonial, entendiéndose que éste es un elemento subjetivo del autor.

Esta figura contempla el desvalor que ocasiona el obtener un provecho injusto en perjuicio ajeno. La Estafa consiste en la conducta engañosa, con ánimo de lucro propio o ajeno que determina un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, a consecuencia del cual se produce un perjuicio en su patrimonio o de el de un tercero, de tal suerte que el engaño ha de producir un error que induzca a realizar un acto de disposición patrimonial que determine un perjuicio.

Sobre este punto, existen resoluciones proveídas por este tribunal, que han sido emitidas en los términos siguientes: "...(se] hace necesario recordar que doctrinariamente el delito de Estafa, es definido como la obtención de un provecho penal injusto mediante engaño que induce el error al que lo sufre y efectúa una prestación voluntaria de naturaleza patrimonial en beneficio del autor del engaño o de un tercero, siendo justamente del concepto que se extraen los elementos del tipo penal, como lo son el engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio, requiriéndose que entre el perjuicio y el engaño deba mediar una relación de causalidad, es decir, que de no haber existido el menoscabo patrimonial no hubiera ocurrido, consecuentemente, si ese "nexo causal" no se comprueba, el ilícito no se configura...". ( proveído bajo referencia 545-Cas-2008, de la once horas del día veintinueve de julio del año dos mil once, dictado bajo la legislación derogada pero aplicable al caso por mantenerse el criterio sustentado en la misma).

Expresado lo anterior, este tribunal comparte el criterio de la Cámara, al considerar que la decisión de primera instancia ha sido emitida conforme a derecho, por cuanto no se ha establecido la existencia de un engaño o provecho injusto por parte del imputado, en la forma como las víctimas entregaron el dinero a los otro imputados, ya que no hay ningún registro de que el ahora incoado haya recibido dinero alguno, ni tampoco un documento que acredite la referida entrega de dinero, sino lo único que existe son documentos de promesa de compraventa que el incoado realizó como Notario. Aunado a lo expuesto, tal como lo señala la Cámara, no se ha demostrado que el imputado haya hecho negocios con las ahora víctimas, del inmueble de la Sociedad […], por tanto no se ha logrado establecer con elementos probatorios que el procesado haya efectuado acto alguno tendiente a engañar a las víctimas, en el sentido de una coautoría por parte del ahora procesado, como lo pretende hacer ver el recurrente."

INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES NOTARIALES CUANDO NO TRASCIENDE LINDEROS DELICTIVOS DEBE QUEDARSE EN LA ESFERA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

"Finalmente, tal como lo señala la referida Cámara, de los instrumentos autorizados por el imputado tampoco se puede colegir un comportamiento malicioso o delictivo, por lo que la irregularidad contenida en ellos, deviene del incumplimiento de obligaciones notariales, lo cual en efecto no trasciende a los linderos delictivos, sino que se queda en la esfera del Derecho Administrativo sancionador Art. 62 y sig., de la Ley de Notariado.

Con base en todo lo anterior, el vicio denunciado no se configura por lo que no es posible acceder a la pretensión recursiva."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 184C2016, fecha de la resolución: 28/10/2016*

## ESTIPULACIONES PROBATORIAS

APLICA PARA LA ADMISIÓN Y PRODUCCIÓN DE PRUEBA PERICIAL, DOCUMENTAL Y MEDIANTE OBJETOS, NO ASÍ PARA LA PRUEBA TESTIMONIAL

"Como se estableció en los párrafos relacionados supra, el recurrente aduce un motivo de casación basado en la supuesta inobservancia a las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de carácter decisivo, previsto en el Art. 478 numeral 3 Pr. Pn. Como fundamento del reclamo el impetrante sostiene, que Cámara no expresó los motivos para darle crédito o no a toda la prueba ofertada en el proceso y que además, esta no fue analizada en su conjunto creando una omisión por falta de valoración en el proveído de mérito. Por otro lado, señala el impetrante que se valoró como prueba documental las entrevista de los agentes captores y la denuncia de la víctima, 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 via del interrogatorio, con la única finalidad de cuestionar la credibilidad de los testigos, considerando que no es posible ponderarlas como prueba documental.

Argumenta el peticionario que el Ad- quem, establece que se estipularon dichas entrevistas de acuerdo al Art. 178 Pr. Pn., pero que el yerro radica en que no son prueba documental por si solas, entonces se hace uso indebido de ellas, dándole un valor probatorio que no ostentan, puesto que los agentes captores no se presentaron a rendir su testimonio en sede judicial.

También se expresa en la sentencia, que la denuncia interpuesta por la víctima es prueba documental, cuando a criterio del recurrente ésta carece de valor probatorio, siendo solo una declaración de conocimiento de la noticia de un hecho constitutivo de delito, que provoca el acto promotor de la acción penal y que debe ser ratificada por el denunciante durante el juicio oral.

A efecto de corroborar la existencia del vicio que se denuncia, la Sala se remite al proveído de mérito, en el que se advierte que a […] el tribunal de segunda instancia - al referirse a los elementos inmediados--en relación a la prueba documental y pericial manifestó lo siguiente: […]

Ante lo expuesto en los párrafos relacionados supra, se advierte que el Ad-quem hace alusión a la denuncia de la víctima y las entrevistas de los testigos como prueba testimonial, las cuales fueron incorporadas al proceso mediante la figura de la estipulación, estimando la no necesidad del medio de prueba para su reproducción material en juicio. Ante lo expuesto se hace la acotación por esta Sala que el Art. 178 Pr. Pn., regula que tal estipulación probatoria se aplica en la admisión y producción de la prueba pericial, documental y mediante objetos, no así la prueba testimonial."

YERRO AL VALORAR LAS ENTREVISTAS DE AGENTES CAPTORES Y DENUNCIA DE LA VÍCTIMA COMO PRUEBA TESTIMONIAL

"Con base en lo anterior, esta sede estima que existe un yerro en el proveído al manifestar por parte de Cámara, que la prueba testimonial se pueda estipular y que bajo esta circunstancia no es necesaria la presencia del testigo, pues ya el Art. 372 del mismo cuerpo normativo establece en qué casos este tipo de prueba se puede incorporar mediante su lectura al juicio, haciendo una relación con el Art. 305 Pr. Pn., debiendo considerarse que nuestra normativa procesal penal, se basa en un sistema acusatorio en que la oralidad es el medio por excelencia

para poner en marcha los principios rectores plasmados en ella, para el caso el de inmediación, contradicción, continuidad, concentración y publicidad, por lo que la prueba testimonial es la herramienta principal donde se perfeccionan dichos principios.

No obstante lo anterior, el Ad-quem valoró las entrevista de los testigos y la denuncia como prueba, tal como lo refiere el impetrante, punto sobre el cual 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 idéntico sentido este tribunal en reiterada jurisprudencia ha mencionado que la denuncia: *"...no constituye un medio de prueba sobre los hechos denunciados, sino que contiene proposiciones fácticas objeto de investigación y de comprobación en el proceso, naturaleza jurídica que no muta por la sola aptitud legal de su incorporación a la vista pública mediante lectura (art.330 n"4 CPP), lo que debe entenderse sin perjuicio de su valor para acreditar las circunstancias de realización de ese acto, verbigracia cuál es el hecho denunciado, cuándo, cómo, dónde y quien formuló la denuncia, personas denunciadas, ante quien se interpuso, etc."* (Sic). Extracto del proveído citado bajo referencia 56-Cas-2013, de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del día dieciséis de agosto de dos mil trece.

En ese orden de ideas, esta Sala advierte que el Ad-quem incluyó en su análisis intelectivo las entrevistas de los agentes captores y la denuncia de la víctima en su valoración como prueba testimonial, pues avaló el criterio del A-quo, tal como lo denuncia el peticionario en su libelo casacional, 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."

EXCLUSIÓN MENTAL HIPOTÉTICA DE LA ERRÓNEA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL NO ES DETERMINANTE Y NO POSEE UNA INFLUENCIA TAL QUE INVALIDE LA SENTENCIA

"Al respecto la jurisprudencia de Sala se ha decantado en los términos siguientes: *"... al analizar en su contexto y de manera integral, la motivación in-*

*telectiva de la sentencia, el mismo (defecto) no tiene el carácter dirimente para revertir el decisorio, ya que al llevar a cabo 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..."* (Sic). Proveído de Sala, dictado el día veintiséis de noviembre de dos mil doce, bajo referencia 403-Cas-2009.

Por lo anterior, advierte esta Sala que en el subjudice la Cámara seccional relacionó en su resolución otros medios que si constituyen elementos probatorios y que le permitieron adquirir un estadio de robustez en cuanto al señalamiento realizado en contra del imputado, para el caso, la prueba pericial sobre las lesiones causadas a la víctima al momento del forcejeo que tuviera con el imputado, así como lo manifestado por este cuando rindió su indagatoria, en la cual aceptó haber cometido el hecho por el que se le procesa, contándose además con un reconocimiento en fila de personas por parte de la víctima y las diligencias de secuestro del teléfono celular incautado al momento del hecho, elementos que fueron analizados por las distintas sedes que han conocido del caso, y a partir de los cuales se estructura el binomio procesal sobre la materialidad del hecho y la participación del incoado en él.

En ese orden de ideas, los argumentos plasmados a partir del […] del proveído, permitieron advertir el cumplimiento de los parámetros del Art. 144 Pr. Pn y un análisis que resiste el juicio crítico, pues el proceso intelectivo del Ad-quem es derivado del material probatorio relacionado previamente, por lo que aún y cuando se expulsen bajo el método señalado supra, los puntos de la fundamentación del proveído que se refieren a los elementos en los que se basa el reclamo incoado, el fallo objeto del recurso se mantiene, pues los elementos que motivan el reclamo no resultan ser de carácter determinante y por consiguiente no poseen una influencia tal que priven de sustento la sentencia, de tal forma que no podría la Sala declarar la nulidad de la resolución, pues ello implicaría desconocer la jurisprudencia que en materia de nulidades ha sentado este tribunal, para el caso, en sentencia de casación dictada el día diecisiete de octubre de dos mil doce, bajo referencia 425-Cas-2011, se dijo lo siguiente:

*"...que una nulidad procesal sólo se decreta cuando el vicio en que se incurre cause verdadera indefensión….el principio de nulidad por la nulidad misma no es de aceptación actualmente, pues inclusive admite la doctrina que una nulidad, aunque absoluta, si su declaratoria no envuelve ningún interés procesal, no debe efectuarse."* (Sic).

Se deja constancia que los precedentes citados, fueron emitidos bajo la vigencia de la normativa abrogada, los cuales son aplicables al presente caso, por mantenerse vigente el criterio plasmado en los mismos.

En consecuencia esta sede considera que de acceder al vicio denunciado, se avalaría una nulidad por nulidad pues, no repararía ningún perjuicio ya que existen suficientes elementos de prueba para mantener el proveído, por lo que la anterior circunstancia no permite acceder a lo solicitado por las razones señaladas supra."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 43-C-2016, fecha de la resolución: 06/09/2016*

INCUMPLIMIENTO DE LAS FORMAS PREVISTAS PARA GARANTIZAR LA LEGALIDAD DE LA CADENA DE CUSTODIA NO CONVIERTE EN ILÍCITAS LAS PRUEBAS

"1. Los agravios, en esencia, se concentran en la ilegitimidad de la sentencia porque la Cámara de la Segunda Sección del Centro, […], omitió pronunciarse acerca de la ruptura de la cadena de custodia del objeto material del delito (alegada en apelación) y dejó de valorar las pruebas que demuestran tal quebranto […], lo cual —según el inconforme- torna ilícita la prueba en que se encuentra fundamentada la condena, y consecuentemente, ilegítima la confirmatoria que pronunció el tribunal de segunda instancia.

El inconforme critica que la Cámara requiera la existencia de pruebas que demuestren inequívocamente el quebranto de la cadena de custodia, cuando éstas ya fueron introducidas en la vista pública; además, el acuerdo de estipulación de las pruebas al que alude la Cámara, de ninguna manera debió significar tener por acreditada la debida cadena de custodia cuando las pruebas evidencian su ruptura; tampoco era necesario que la defensa técnica ofreciera prueba testimonial de este quebranto, ni que se hiciera desfilar el testimonio del perito, ya que, como se dijo antes, la ruptura se extrae del mismo informe pericial) y de la hoja de control de recibo y entrega de evidencias ofrecidas por la fiscalía e introducidas en la audiencia del juicio […]

Conforme el anterior planteamiento, vemos que aunque el inconforme puntualiza dos distintos motivos de casación (ilegitimidad de la sentencia, por prueba ilícita y por falta o insuficiente fundamentación), conviene aclarar anticipadamente que el solo incumplimiento de las formas previamente establecidas para garantizar la legalidad de la cadena de custodia, no convierte en ilícitas las pruebas, sino cuando éstas han sido obtenidas por un procedimiento o medio ilícito que afecte o menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de la persona; de manera que, cualquier irregularidad o incumplimiento que cuestione la cadena de custodia de los objetos y documentos relacionados con un hecho delictivo, cuando no haya sido reclamada en etapas anteriores para impedir su admisión e introducción al juicio como pruebas, (tal como se dispone en el Art. 252 Pr. Pn.) podrá ser impugnada como vicio de la sentencia relativo a la falta de pronunciamiento o insuficiente fundamentación en relación a la custodia y conservación del objeto o documento que se incorporó al juicio como prueba, demostrándose su influencia decisiva en el fallo.

En consecuencia, por advertirse que en el caso concreto los agravios que expone el recurrente, no encajan dentro de la hipótesis de ilicitud de prueba o de prueba prohibida descrita en la causal N° 2 del Art. 478 Pr. Pn., el estudio de la impugnación quedará delimitado únicamente al vicio regulado en la causal N° 3 del Art. 478 Pr. Pn., es decir, por falta de fundamentación o por infracción a las reglas de la sana crítica con respecto a medios o elementos probatorios de carácter decisivo.

**2.** Para corroborar si llevan razón las quejas que expone el abogado […], es preciso pasar a examinar lo expresado por la Cámara en su resolución en relación con la cadena de custodia. Véase: *"...la impugnación de dicha institución debe traer aparejado el cumplimiento de cierto procedimiento -el cual no se*

*ha cumplido- (...) si se deseaba controvertir la cadena de custodia del material vegetal encontrado a la imputada lo correcto era que se le diera aplicabilidad a lo establecido en los Arts. 357 y 359 CPP, contrario sensu consta en el acta de vista pública que el defensor no aportó prueba en el orden requerido, tan siquiera la ofreció..."* (Sic) (Las cursivas son de esta Sala).

En primer lugar se observa que los fundamentos utilizados por el tribunal de segunda instancia, son propios de una decisión de inadmisibilidad, pues supedita el pronunciamiento de fondo al cumplimiento previo de que la ruptura de la cadena de custodia haya sido alegada por la defensa en su oportunidad (Arts. 357 y 359 Pr.Pn.) y no por la vía de la apelación; además, omite expresar el fundamento legal en que apoya tal exigencia y la sanción de admisibilidad, ni explica las razones por las cuales interpreta que la cadena de custodia sólo podría ser alegada —bajo pena de inadmisibilidad- en la etapa previa a la celebración de la audiencia preliminar, omisiones que tornan infundado el razonamiento.

Por otra parte, la Cámara desacierta en su razonamiento al trasladar la carga de la prueba al defensor, requiriendo que sea éste quien deba ofrecer o aportar prueba de la ruptura que alega, soslayando lo dispuesto en el Inc. 1° del Art. 252 Pr. Pn., que reza: "...Si alguna de las partes impugna de manera fundada la cadena de custodia, la parte interesada en la admisión del objeto o documento deberá demostrar su integridad...".

Continúese con el examen de legalidad del proveído impugnado y repárese en el siguiente razonamiento: *"...el defensor particular pasa por alto que se estipuló prueba documental y pericial (..) subsecuentemente, si se estipuló la prueba en juicio, naturalmente lo fue respecto de su producción, en atención a ello queda demostrado que se prescindió del perito por no haber punto de controversia sobre la actividad técnica realizada por éste (..) nunca se alegó por parte del defensor la existencia de vicio alguno, no constando en el acta de audiencia que se haya planteado incidente sobre algún defecto como el que ahora se trata (..) fue hasta la apelación donde se hizo referencia a quebrantamiento o ruptura de la cadena de custodia, pues en el acta de audiencia preliminar consta que tampoco hubo algún tipo de pronunciamiento al respecto, <u>más allá de la simple crítica de la hoja de cadena de custodia, lo cual no es suficiente para argumentar su rompimiento</u>..."; "...no obstante estar sancionado con inadmisibilidad, al aducirse la nulidad no quedó más que admitir el recurso y declarar no ha lugar la presente alzada, por cuanto <u>no es más gue el reflejo de una mera inconformidad</u> y por su peso cae, además, la esterilidad del ofrecimiento de prueba en atención a los puntos argüidos..."* (Sic) (Las cursivas y subrayados son nuestros)."

ASPECTOS GENERALES

"Previo a formular las críticas que incumben a los argumentos que anteceden, conviene abordar algunos aspectos generales concernientes a las estipulaciones probatorias y que serán de utilidad para la solución del caso en concreto.

Estipulaciones probatorias. En el aspecto legal vemos que el Art. 178 Pr. Pn., dispone: "Las partes podrán acordar, total o parcialmente, la admisión y produc-

ción de la prueba pericial, documental y mediante objetos, en los términos establecidos en este Código"

De la citada norma podemos acotar que 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 (pericial, documental u objetos), evitando la autenticación prevista en los Arts. 243 y 249 Pr. Pn.), y lograr un desarrollo más ágil del 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.

Otra cuestión importante que debe quedar clara es que dentro de las estipulaciones probatorias jamás debe incluirse su ponderación probatoria, porque la valoración de las pruebas y sus conclusiones probatorias son aspectos del deber de fundamentación —bajo pena de nulidad— que corresponde exclusivamente a la labor judicial, según lo dispuesto en los Arts. 144 y 179 Pr. Pn."

YERRO AL OMITIRSE LA VALORACIÓN DE LAS EVIDENCIAS INCAUTADAS Y SU DEBIDA CADENA DE CUSTODIA

"Conclusiones en el caso concreto. Tomando como fundamento las premisas que se han fijado, esta Sala logra determinar que la forma en que aparece construido el razonamiento de la Cámara, da lugar a interpretar erróneamente que si las partes estipularon la producción de la prueba documental y pericial admitida, por ello aquéllas quedaron inhabilitadas para interpelar la autenticidad de tales pruebas, y en el caso concreto, la cadena de custodia de las evidencias incautadas; incluso del mismo (argumento del tribunal de alzada) se desprende -con desacierto- que el juzgador quedó eximido de su deber de ponderar las pruebas que fueron estipuladas, y en casos como el presente, también desligado del deber de valorar la integridad de la cadena de custodia del objeto material del delito de Posesión y Tenencia con fines de tráfico por el cual resultó condenada la imputada, tal y como lo establecen los Arts. 144, 179 y 252 inciso final del Código Procesal Penal.

Por otra parte se advierte que en el acta de vista pública y en la sentencia de primera instancia consta que las estipulaciones probatorias se limitaron a la prueba documentada consistente en acta de remisión y captura de la imputada […] e informes periciales de […]; estos últimos —vale aclarar- no fueron practicados con control judicial ni de las partes. El primero, por tratarse de un acto urgente de comprobación que no requería de autorización y control judicial; pero el último, sin que exista razón que justifique la omisión del aludido control, no obstante encontrarse en la etapa avanzada de la instrucción formal.

Además, es importarte señalar que el ente fiscal omitió presentar materialmente el decomiso de la droga para la comprobación del objeto material del

delito; ello a pesar de que lo ofreció en el requerimiento y escrito de acusación respectivos, y fue admitido por la Jueza de Instrucción, habiéndosele encomendado que pusiera materialmente a la orden y disposición del Tribunal de Sentencia el relacionado decomiso, con el fin de comprobar la existencia del objeto material del delito, sin embargo, obvió realizar dicha tarea y no consta dentro del expediente judicial que las partes hayan estipulado sobre dicha prueba.

Asimismo -tal y como lo expresó la Cámara en su resolución-, el convenio consistió en que no declararían los peritos responsables de los informes periciales que se incorporarían al juicio […] bajo el entendido de que no existía controversia alguna sobre la actividad técnica realizada por éstos, pero la Cámara no repara en que la controversia planteada por el apelante no se refiere a la actividad técnica realizada por los peritos, sino a la actividad valorativa que realizó el juzgador respecto de la cadena de custodia de las evidencias incautadas a la procesada como objeto material del delito, por tanto, debió examinar la legalidad de los fundamentos expresados por el tribunal de primera instancia para tener por acreditada la debida cadena de custodia en relación con la prueba de la existencia de las evidencias que se mencionan.

Y, por otro lado, —como se dijo antes—, las estipulaciones probatorias no eximen al juzgador de la obligación de valorar las pruebas que les presenten las partes y de ponderar su fuerza o eficacia probatoria; ni inhiben a las partes el hacer uso de los recursos que correspondan (toda vez su planteamiento se adecue al vicio que habilita la vía impugnativa); y en el caso concreto, los acuerdos tomados por las partes de omitir la autenticación de la prueba documentada y los informes periciales, a través de las declaraciones en juicio de los peritos y los agentes captores, de ninguna manera ataban al juzgador a tener por acreditada la debida cadena de custodia, sin haber examinado antes las pruebas pertinentes y haber corroborado él mismo, si en el caso se cumplió con las formas y requisitos legales que demuestran la legalidad en la obtención de las pruebas (recolección, embalaje, transporte, análisis y custodia), es decir, sin tener certeza de que no hubo manipulación o alteración de las evidencias desde su incautación hasta su último eslabón; pues ello tornaría innecesaria la labor judicial dentro del proceso penal y con ello soslayada la obligación constitucional de que toda persona a quien se le impute un delito deberá asegurársele todas las garantías necesarias para su defensa y que sea juzgada por los tribunales previamente establecidos en la ley y, conforme el debido proceso, según se dispone en los Arts. 12, 14 y 15 Cn.

De manera que, la Cámara debió examinar la valoración que hizo el tribunal de primera instancia en cuanto a la prueba relacionada a la comprobación de la existencia de las evidencias incautadas (objeto material del delito) y su debida cadena de custodia, determinando si en el caso se cumplió con las reglas de valoración que se disponen en los Arts. 144 y 179 Pr, Pn.

De igual manera, erró al apreciar que era insuficiente el reclamo de la cadena de custodia porque se trata de una simple crítica de la hoja de cadena de custodia, o el reflejo de una mera inconformidad, pues este argumento no responde sobre el fondo del punto de apelación sino más bien, es una razón de inadmisibilidad, no obstante que su decisión de haber admitido el recurso le obligaba a

realizar un examen de fondo y pronunciarse sobre la alegada interrupción de la cadena de custodia (Art. 18 Cn., en relación con el Art. 459 Inc. 1° Pr. Pn.), y en todo caso, debió razonar el por qué consideró simples o insuficientes aquellas críticas.

También se advierte contradicción en el argumento mediante el cual la Cámara valora que hubiese sido estéril el ofrecimiento de prueba para establecer el denunciado quebranto, ya que inicialmente había considerado esencial tal ofrecimiento como un requisito de admisibilidad, a pesar de que el reclamo no amerita más pruebas que las incorporadas al proceso y que relaciona el recurrente en su escrito.

En definitiva, luego de que esta Sala ha examinado integralmente los fundamentos de la resolución de la Cámara, concluye que tiene razón el recurrente, porque el tribunal de alzada omitió pronunciarse en cuanto al punto medular de la apelación, es decir, no examinó si en el presente caso se vio afectada la integridad de la cadena de custodia debido a los señalamientos que esgrime el recurrente en su escrito de apelación.

En consecuencia, procede anular la sentencia de mérito, por falta de fundamentación, de conformidad a la casual N° 3 del Art. 478 Pr. Pn., y deberá reenviarse el proceso a otra Cámara para que emita un nuevo pronunciamiento sobre la apelación interpuesta por el defensor del imputado, si del estudio determinase que hubo interrupción de la cadena de custodia —según sea el caso— deberá examinar integralmente la condena de primera instancia y dar cumplimiento a lo ordenado en el Art. 252 Pr. Pn., en el sentido de valorar la incidencia que el quebranto tendría en la prueba de la existencia de las evidencias que incriminan a la acusada (porción de marihuana, maletín o mochila de tela color café y blanco, balanza marca Rottc, color blanca de metal, una cuchara mediana de metal plateado, gorro pasamontaña color negro, dos páginas de papel rayado de cuaderno con manuscrito), es decir, deberá evaluar los efectos de la ruptura en la eficacia probatoria del objeto material del delito por el cual resultó condenada la procesada en relación con el resto de pruebas en que aparece construida su condena."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 407C2015, fecha de la resolución: 29/06/2016*

## ESTUPRO POR PREVALIMIENTO

USAR LA VIOLENCIA PSICOLÓGICA PARA SOMETER AL SUJETO PASIVO DEBE TENER UN ALCANCE DE GRAVEDAD SIMILAR AL DESPLEGADO POR LA VIOLENCIA FÍSICA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN

"1. De acuerdo al recurso presentado, el solicitante pide que se anule la resolución emitida por la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, y que otro tribunal de segunda instancia revise los argumentos de la apelación, a fin de lograr una sentencia absolutoria.

Según el impetrante, en el recurso de apelación planteó la errónea interpretación del art. 158 Pn.; sin embargo, dicho motivo fue desestimado por la

Cámara, debido a que valoró nuevamente la prueba inmediada en el juicio pero aplicando mal las reglas de la sana crítica, concluyendo que el imputado era el autor del delito de Violación Agravada.

Asimismo que la decisión objeto de impugnación tiene como base la declaración del joven víctima; sin embargo, señala que así como lo ha sostenido la doctrina dicha deposición es totalmente desconfiable, esto porque el ser humano tiende a inclinar su testimonio de acuerdo a los intereses que se encuentren en juego; sosteniendo que en el presente caso el dicho del joven no se concatena con el resto de pruebas adyacentes, lo que permite concluir que no ha existido el delito que se le acusa al imputado.

Aduce que ha surgido la duda sobre si se materializó o no la penetración, ya que en la denuncia la víctima dijo que el procesado le introdujo el pene en su ano, pero luego, al rendir su testimonio en juicio, solo se advierte la intensión de penetrarlo; por otra parte, dice el recurrente que el peritaje de genitales ha sido erróneamente interpretado, ya que la especialista no manifestó que las laceraciones que se le encontraron al joven eran producto de una penetración, lo que no se pudo aclarar, pues ésta no rindió su declaración en el juicio.

Que no es cierto lo que afirma la Cámara cuando dice que la referida víctima mencionó desde el inicio que fue penetrado, sino que esta información la dio su madre quien busca la reivindicación de su hijo, además de que ella no estuvo en el lugar de los hechos. Por todas estas razones dice el impetrante, que se puede determinar que ha existido una excesiva valoración de la prueba por parte del Ad quem.

Expuesto el fundamento de la inconformidad, la Sala considera que el motivo debe ser acogido, conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

2. Al revisar el incidente de apelación, se tiene que […], el recurrente expresó como motivo del recurso la errónea aplicación del art. 158 Pn., por existir atipicidad respecto de los hechos que se han tenido por acreditados; agregó […], que: "...En los hechos acreditados por el menor (...), al adecuarlos al artículo 158 del Código Penal, encontramos que no se encuentran presentes dos elementos objetivos del tipo penal de violación, siendo éstos: la violencia y el acceso carnal.". (Sic).

La Cámara al resolver sobre el punto citado dijo […], que: "[…]. En el caso de mérito el juez sentenciador, consideró tres aspectos relevantes de cara a determinar la culpabilidad del justiciable, centrando su análisis en la deposición en juicio de la víctima, y los peritajes psicológicos y de genitales realizados al adolescente."(Sic).

[…], el Ad quem hace constar ciertos datos probatorios que fueron inmediados por el A quo, siendo éstos los siguientes:

De la declaración del adolescente víctima, retomó: "...a) Que la acción se suscitó a eso de las cinco horas y treinta minutos del día nueve de julio de dos mil catorce (por la tarde), al interior del centro educativo […]. b) Que el sindicado (profesor de la institución) le solicitó a la víctima dirigirse a los servicios sanitarios. c) Que al estar en dicho lugar, el procesado y víctima ingresaron a uno de los baños, y el primero cerró la puerta, e inmediatamente abrazo y giro a la víc-

tima dejándolo en posición dorsal. d) Que el encartado procedió a realizar tocamientos y lo empezó a besar el cuello, que después le quito la camisa y el cincho, bajándole el pantalón. e) Que se sacó el pene y empezó a rosárselo en su área anal intentando penetrarlo. f) Que la víctima no quiso, que luego el sindicado se sentó en la taza del inodoro y le pidió al adolescente que se sentara encima de él, luego que el imputado lo tomó por la espalda cerca del lavamanos y eyaculo en la espalda del joven, y que finalmente el sujeto tomó papel higiénico y limpio el semen que tenía en la espalda, diciéndole que se retirara.".(Sic).

Del Peritaje Psicológico, detalló: "...1. Presenta sintomatología propia de los jóvenes abusados sexualmente. 2. Se refleja afectación emocional grave, producto de un abuso sexual de tipo homosexual. 3. Amerita tratamiento psicológico a largo plazo.". (Sic).

Respecto del peritaje de reconocimiento forense, consignó: "... Al momento a nivel extra genital no se observó lesiones sugestivas a infecciones de transmisión sexual, a nivel genital pene sin anormalidad, nivel de mucosa anal, dos laceraciones recientes a las doce y tres según la caratula del reloj". (Sic).

Posteriormente, […], el Ad quem concluye sobre el acceso carnal, así: "... Si bien es cierto el adolescente no afirma la penetración, y en alguna medida anuncia la intención del sindicado de acceso carnal como una conducta proyectiva no consumada; sin embargo, ello (la penetración) queda evidenciado en el reconocimiento de genitales, en donde se deducen laceraciones en la mucosa anal, lo que implica lo que en doctrina se denomina "inmissio penis" (introducción del pene, que no implica la penetración completa, sino en forma parcial en las cavidades protegidas), desvirtuándose el simple roce o contacto con la cavidad de la víctima; es decir, se evidencia la introducción del pene del agresor en el conducto anal de la víctima, lo que no necesariamente implica una penetración completa...". (Sic).

En relación al elemento violencia, la Cámara manifestó lo siguiente: "... En el caso de mérito se encuentra imbíbita en la propia acción ejercida por el procesado, y es que inicialmente se visualiza una relación de supra-subordinación de profesor alumno, lo cual implica una expresión de jerarquía entre el justiciable y la víctima, un segundo punto relevante, es la edad del sujeto pasivo, en este caso la víctima demuestra un escaso desarrollo cognitivo en el tema de la sexualidad, ello se deduce al momento que el encartado intentaba penetrarlo, él se quedó en estado "shock", como una forma de nominar una suspensión temporal de su relación..." (Sic).

El Ad quem también agregó: "...La víctima se quedó inmóvil a causa de la impresión por la acción del sindicado; es decir, es una reacción de temor devenida tanto de la relación de jerarquía, el elemento sorpresa y la edad de la víctima, lo que conllevó a una influencia de carácter psicológico que derivó en el quebrantamiento de autonomía del sujeto pasivo, y de ahí que la violencia en este caso sea psicológica; es decir, si bien es cierto no se configura una amenaza como tal, pero si se evidencia el quebrantamiento de la moral con el fin de perpetrar la acción delictiva.". (Sic).

Finalmente y aunado a lo anteriormente expresado, la Cámara consideró procedente desestimar el motivo de apelación planteado por el recurrente, no sin

antes aclarar, la primera, que el delito debió calificarse como Violación Agravada y no como Violación y Agresión Sexual Agravada, […].

Revisados los fundamentos esgrimidos por el Ad quem, se advierte lo siguiente:

Si bien ha quedado demostrado […] el trabajo exhaustivo de argumentación realizado por la Cámara, a fin de resolver sobre el motivo de apelación interpuesto por el inconforme, también es cierto que dentro de dicha construcción intelectiva no se advierte el análisis atinente a los argumentos que el A quo esgrimió en la sentencia condenatoria, con la finalidad de establecer si los mismos eran o no los correctos ante el cuadro fáctico planteado, siendo esto, en definitiva, la pretensión del recurrente; pues, se alegó que los hechos acreditados no se subsumían al tipo penal aplicado al imputado.

Es preciso señalar el quiebre lógico existente en las consideraciones planteadas por la Cámara, ya que de acuerdo a los medios probatorios que ésta seleccionó, que constan en párrafos supra, el hecho acreditado por el A quo no corresponde al descrito por la norma en los arts. 158 y 162 Nº 3 ambos del Código Penal; en virtud de que el elemento violencia no se ha configurado, pues, no se desprende de las circunstancias fácticas: "...cómo el agresor ejerció el despliegue de energía capaz y necesaria para doblegar o someter a la víctima, o cómo se configuró la supuesta amenaza que la víctima hubiese considerado plausible...", para citar lo esgrimido por la Cámara […].

Y siendo que la Cámara sentenciadora funda la violencia en lo siguiente: "... Por su parte la violencia en el caso de mérito se encuentre imbíbita en la propia acción ejercida por el procesado (...) Precisamente la víctima se quedó inmóvil a causa de la impresión por la acción del sindicado; es decir, es una reacción de temor devenida tanto de la relación de jerarquía, el elemento sorpresa y la edad de la víctima, lo que conllevó a una influencia de carácter psicológico que derivó en el quebrantamiento de autonomía del sujeto pasivo y de ahí que la violencia sea psicológica; es decir, si bien es cierto no se configura una amenaza como tal, pero si evidencia el quebrantamiento de la moral con el fin de perpetrar la acción delictiva".

Lo que debe aquí deslindarse es el sentido de violencia, tanto la vis física como la vis moral deben tener una simetría de gravedad para constituir violencia en el sentido del delito de violación, de tal manera que la violencia psicológica debe tener una aptitud de gravedad, similar a la ejercida mediante la violencia física; si la autonomía de la voluntad se quebranta por otros medios que no sean violencia física o moral, en un sentido simétrico, se habrá afectado la libertad de disponer en lo sexual, pero no en el sentido de una violación, sino de otra conducta, como en el Estupro por Prevalimiento, puesto que el "temor devenido de la jerarquía" no siempre es equivalente a violencia moral o psicológica en el sentido de la violación, en este delito, el uso de la violencia psíquica para someter al pasivo, debe tener un alcance de gravedad similar al desplegado por la violencia física, puesto que la pena para ambos tipos de violencia es la misma en la configuración típica abstracta.

Sobre ese punto Gimbernat lo aclara de manera satisfactoria al exponer. "...Observemos los supuestos de violación tipificados en el artículo 429: todos

ellos, -el yacimiento con fuerza, el realizado con una enajenada o una mujer inconsciente o una niña pequeña- son acciones de una reprochabilidad extrema. La violación por intimidación no puede ser examinada aisladamente, sino en relación sistemática con estas otras modalidades de violación tipificadas en el art. 429: considerar que cualquier intimidación por nimia que sea cumple el presupuesto típico seria perturbar la estructura del 429 e incluir junto a yacimientos gravísimamente reprobables otras cuya reprobabilidad no podía ni remotamente comparar a la de los restantes accesos carnales recogidos en el precepto." Enrique Gimbernat Ordeig "Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal Español. Con especial referencia a la violación por intimidación" en Estudios de Derecho Penal. Tecnos. Madrid p 292."

ERROR AL VALORAR COMO VIOLENCIA PSICOLÓGICA EL PREVALIMIENTO DE LA POSICIÓN JERÁRQUICA ENTRE EL AGRESOR Y LA VÍCTIMA

"En todo ese contexto lo que sí ha quedado de manifiesto es la relación de superioridad que existía entre el agresor y la víctima, pero no para configurar el elemento violencia como erróneamente lo interpreto el Ad quem, sino para establecer la configuración del tipo penal contenido en el art. 164 Pn., es decir, al de Estupro por Prevalimiento, lo cual aparece desarrollado a folios 32 de la sentencia objeto del presente recurso: "...la violencia en el caso de mérito se encuentra imbíbita en la propia acción ejercida por el procesado, y es que inicialmente se visualiza una relación de supra-subordinación de profesor alumno, lo cual implica una expresión de jerarquía entre el justiciable y la víctima..." (Sic).

Es oportuno señalar que, la conducta típica del art. 164 Pn., entraña el acceso carnal ya sea por vía vaginal o anal, con persona mayor de quince y menor de dieciocho años de edad, prevaliéndose de la superioridad originada por cualquier relación; y la superioridad puede generar temor y subordinación, pero no necesariamente implica vis moral en el sentido de gravedad que se tiene para una amenaza en la violación a fin de vulnerar la resistencia de la víctima.

Si debe señalarse que el acceso carnal, efectivamente quedó demostrado como muy correctamente lo ha valorado el Ad quem, por la declaración de la víctima, quien describió la conducta libidinosa del agresor que le rozó con el pene en su área anal, así como por el reconocimiento médico legal de genitales, el cual indicó: "...dos laceraciones en mucosa anal, una de uno por punto cinco centímetros a las doce según carátula del reloj y otra laceración de punto cinco por punto cinco a las tres según caratula de reloj (...) laceraciones recientes […].

El sujeto pasivo de la acción debe ser mayor de quince años y menor de dieciocho años, la anterior circunstancia quedó demostrada, como lo expresó el A quo en la página ocho de la sentencia de Primera Instancia, por medio de la partida de nacimiento del adolescente, que documentó lo siguiente: "...Que el joven (...) nació […]". (Sic); y: "...Que el joven (...), al momento de los hechos contaba con aproximadamente quince años y diez meses de edad (...)." (Sic); página diez de la sentencia de Primera Instancia.

Asimismo, deberá configurarse el prevalimiento originado de cualquier relación; es decir, el predominio, la ventaja existente en una relación de superioridad

que ostente el agresor respecto de la víctima, para lo cual el Ad quem, esgrimió […], el argumento siguiente: "...inicialmente se visualiza una relación de supra-subordinación de profesor alumno, lo cual implica una expresión de jerarquía entre el justiciable y la víctima (...); la víctima se quedó inmóvil a causa de la impresión por la acción del sindicado; (...) devenida tanto de la relación de jerarquía ..." (Sic); aunado a lo anterior, se tiene que como hecho probado el Ad quem señaló […], que la acción se suscitó al interior del centro educativo […], lugar en el que el sentenciado ejercía como profesor y quién valiéndose de esa relación de dominio frente al estudiante, le solicitó a la víctima dirigirse a los servicios sanitarios, espacio en donde ocurrió el hecho delictivo.

Tomando en cuenta lo desarrollado en párrafos supra, esta Sala considera que sí han quedado establecidos los elementos exigidos en el tipo penal objetivo del art. 164 Pn.; y por lo tanto, se advierte:

La violación a las reglas de la sana crítica con respecto a los elementos probatorios de carácter decisivo, y consecuentemente, la errónea aplicación del precepto legal contenido en los arts. 158 y 162 Nº 3 ambos del Código Penal, por parte del Ad quem y el juez A quo;

Que no le asiste la razón al recurrente cuando alega que la conducta desplegada por el imputado es atípica, ya que como hemos expresado, su actuar sí configuró un ilícito en los términos del art. 164 Pn., y por éste deberá ser condenado.

Siendo reconocido en esta Sede el error de calificación jurídica como consecuencia de la errónea valoración de la prueba, al aplicarla al supuesto legal, deberá enmendarse la violación de ley de conformidad al art. 484 Pr. Pn., así como la pena impuesta al imputado y las sanciones accesorias; quedando inalterable la condena al encartado por responsabilidad civil, pues la modificación a la calificación del delito de Violación a Estupro por Prevalimiento, en nada varía la circunstancia de "afectación emocional grave" en la víctima, producto del hecho delictivo que ha quedado documentado en el peritaje psicológico. Página 21 de la sentencia de Primera Instancia.

La modificación a la calificación del delito se hace en virtud de encontrarnos ante ilícitos del mismo género, es decir, tanto la Violación como el Estupro por Prevalimiento son tipos penales establecidos para proteger el bien jurídico "libertad sexual", cuyo objeto es "evitar que la persona se vea involucrada sin su consentimiento en determinadas actividades sexuales." (Sic); página 369 del Manual de Derecho Penal, Tomo I, de Armando Antonia Serrano y otros; con lo cual, no se causa afectación a la congruencia, puesto que el hecho esencial, acceso carnal entre el imputado y la víctima permanece inalterable, siendo el aspecto que cambia, el prevalimiento de la posición jerárquica que fue apreciado indebidamente como violencia psicológica, cuando debió ser ponderado como situación de prevalimiento, constituyendo lo anterior un error de subsunción de los hechos probados conforme al tipo penal; en todo caso, el cambio en la calificación del delito favorece al imputado por lo que no se configura afectación alguna a la prohibición de reforma en perjuicio o "no reformatio in peius"; pues la sanción a imponer será la mínima establecida para éste, es decir, seis años; dado que los argumentos esgrimidos por el A quo en la […] sentencia condenatoria, deberán mantenerse incólumes."

PROCEDE MODIFICAR LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL DELITO ANTE UNA ERRÓNEA VALORACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA

"e) Finalmente, frente al señalamiento del recurrente en el sentido de que la declaración del adolescente víctima es "totalmente desconfiable", pues, "el ser humano en muchas ocasiones puede inclinar su deposición de acuerdo a los intereses que se encuentren en juego", se retoma lo expresado por el A quo en […] la sentencia condenatoria de Primera Instancia, en donde señalo que: "...durante la declaración del menor no se advirtieron móviles espurios, ya que no se detectaron expresiones que dieran a entender que su testimonio ésta motivado por el odio o el resentimiento, por la enemistad o algún tipo de enfrentamiento con el acusado que haya nacido antes del hecho...". (Sic).

En tal sentido, para desconfiar de un testimonio de una víctima no es suficiente la mera argumentación del postulante, sino que deben tenerse fundamentos de facto, que apoyen la consideración de que una víctima ha declarado perdiendo la objetividad conforme a la verdad que se exige a un testimonio, y ello debe quedar evidenciado ora del mismo testimonio, ora de otras pruebas que acrediten de manera sustantiva la falta de credibilidad y confiabilidad del testimonio prestado; este punto ha sido correctamente valorado por la Cámara sentenciadora según se relacionó supra, por lo que carece de validez lo aducido por el impetrante como mecanismo de deslegitimación del testimonio de la víctima.

En consecuencia, habiéndose comprobado la existencia del vicio señalado por el inconforme y por ende establecido el agravio al que se alude, se acoge el mismo y la modificación en la calificación del delito en lo pertinente de acuerdo a los parámetros del art. 484 Pr. Pn."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 259C2015, fecha de la resolución: 06/04/2016*

## EXAMEN TOXICOLÓGICO

CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA

"2. La Cámara de procedencia abordó de manera escueta el reclamo del impetrante en relación a la no realización del examen toxicológico. En lo medular, indicó que la ausencia del referido medio probatorio no puede justificar la absolución por duda razonable tal como lo planteó el gestionante, obviando realizar una especial consideración a la eventual infracción del derecho de defensa, en cuanto a la facultad de obtener y aportar pruebas.

3. De manera previa a resolver el objeto de impugnación, es oportuno reflexionar sobre el vínculo entre el derecho fundamental de defensa y la actividad probatoria; asimismo, corresponde abordar brevemente la temática de los actos urgentes de comprobación y, en particular, describir la figura del examen toxicológico.

Además, conviene realizar algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional del tipo penal de Posesión y Tenencia, tipificado en el Art. 34, Inc. 1° LRARD.

En ese orden, este tribunal considera que la defensa constituye una exigencia esencial en todo proceso judicial, y de manera reforzada en el enjuiciamiento penal, ante la posibilidad latente en materia punitiva de imponer restricciones particularmente invasivas en la esfera de los derechos fundamentales. Lo anterior, a tenor de lo dispuesto en los Arts. 11 y 12 Cn., 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); 10 y 95 Pr. Pn.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha reflexionado sobre los alcances de este derecho, sosteniendo que el concepto de defensa, a la luz de la norma suprema, envuelve: "la posibilidad de participar en un proceso informado, entre otros, por el principio de contradicción, en el que las partes puedan ser oídas en igualdad y utilizar las pruebas pertinentes en su defensa, de modo que no se les impida aproximar al juez el material probatorio que consideren adecuado para tal fin. Esta actividad procesal de parte se corresponde con la obligación del juez de procurar que no se genere indefensión en ninguna de sus fases y para ninguna de las partes." (Sentencia de amparo Ref. 670 — 2010, de fecha 08/01/2014). De lo apuntado, se comprende que una de las implicaciones esenciales del derecho de defensa, en su dimensión constitucional, se encuentra en la oportunidad de obtener y proponer pruebas para contrarrestar la acusación formulada en su contra.

En ese orden, en torno al componente probatorio del mencionado derecho fundamental, este tribunal casacional ha señalado en asuntos conocidos con anterioridad: "el imputado por sí mismo o valiéndose de su abogado, goza de la oportunidad de alegar y probar lo que a sus intereses estime conveniente, proponiendo a tal efecto, la práctica de diligencias o la incorporación de elementos probatorios" (Sentencia de casación Ref. 609-CAS-2006, de fecha 25/01/2008). De esta facultad, se desprenden cuatro posibilidades básicas que asisten al imputado, y que puede ejercer personalmente o mediante su defensor, a saber: "A. Derecho a obtener pruebas; B. Derecho a aportar pruebas, es decir, proponer la prácticas de pericias, agregar documentos, y todas aquellas actuaciones que por la vía de la actividad probatoria, resulten útiles, pertinentes, necesarias y no sobreabundantes para discutir la cuestión en estudio; C. Derecho a que se asuma la prueba, toda vez que sea legítima; y D. Derecho a que se valoren las mismas." (Ibídem)."

CONSIDERACIONES SOBRE LA PRÁCTICA DEL EXAMEN TOXICOLÓGICO COMO MECANISMO DE INVESTIGACIÓN DEL DELITO

"4. En lo concerniente a los actos urgentes de comprobación, éstos pueden ser conceptualizados como aquellos actos indagatorios descritos en los Arts. 180 a 201 Pr. Pn., y que son realizados por la Policía Nacional Civil o por peritos, bajo dirección funcional de la Fiscalía General de la República, y en ciertos casos específicos con expresa autorización judicial. La característica común de estos actos es que tienen por finalidad conservar las huellas o rastros del delito, así como consignar si figuran los indicios suficientes para acordar la existencia de un ilícito que determine el ejercicio del poder punitivo del Estado contra una persona

determinada (Cfr. Sentencia de casación Ref. 126C2012, de fecha 25/10/2013). Además, es manifiesto que estos rastros del hecho ilícito pueden perderse o deteriorarse con el transcurso del tiempo, de ahí que debe procederse con la mayor diligencia y celeridad a su identificación, recolección y resguardo.

En referencia al "examen toxicológico" o "examen de detección de drogas", éste consiste en la toma de muestras de tejidos o fluidos corporales humanos, convencionalmente, de orina o sangre, y con menos frecuencia, de sudor, saliva o cabello, las que son sometidas a análisis químico para identificar la presencia de una droga ilícita o de uno de los metabolitos que se originan de ésta (Vid. ORELLANA PINEDA, Rosa, "Detección del consumo crónico de cocaína utilizando el cabello como matriz biológica alternativa", en Revista Vida Universitaria, N° 6, San Salvador, 2008, P. 48-52; SEGURA ABAD, Luís, "Avances en Medicina Forense: Toxicología Forense", en Revista de la Escuela de Medicina Legal, Nº 5, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2007, P. 5-8).

Al revisar la legislación adjetiva, es manifiesto que la denominación de "examen toxicológico", no aparece recogida por el legislador. No obstante, se puede deducir, a partir de la integración sistemática de los preceptos procesales y teniendo presente la práctica forense, en la que es sabido que esta clase de examen se emplea efectivamente como mecanismo de investigación del delito, y realiza en dos momentos diferenciados: en primer término, mediante la aplicación del Art. 200 Pr. Pn., que regula las intervenciones corporales como acto urgente de comprobación, y permite la obtención y resguardo de una muestra de fluido corporal, ya sea con el consentimiento libre y espontáneo del imputado o con la autorización expresa del juzgador. En un segundo momento, deben aplicarse las disposiciones generales que regulan la prueba pericial, a efecto de desarrollar el análisis químico de la muestra obtenida para confirmar o descartar la presencia de la sustancia ilícita.

Aunado a ello, esta sede considera que la muestra de fluido corporal a emplear en esta clase de examen ha de obtenerse de manera urgente, ya que los estudios en el ámbito de las ciencias forenses determinan "ventanas de detección", esto es, límites temporales a partir del momento de consumo de la droga, y una vez que éstos han transcurrido ya no se puede obtener un resultado certero en el análisis de las muestras (Vid. Abuso de sustancias y técnicas diagnósticas, Laboratorio Dráger Safety Hispania, Madrid, 2008, P. 5-12).

Ahondando en esta temática, se afirma que la ventana de detección de sustancias estupefacientes en muestras de sangre (suero sanguíneo) se extiende hasta los dos días siguientes al momento del consumo de la droga; mientras que, en muestras de orina se pueden detectar metabolitos hasta tres días posteriores al momento de ingesta (SEGURA ABAD, Luis, "Avances en Medicina Forense: Toxicología Forense", artículo citado, P. 8), aunque algunas opiniones técnicas eleva este límite hasta cuatro días en el caso de la orina (ORELLANA PINEDA, Rosa, artículo citado, P. 49). Ahora bien, en cuanto a la droga cocaína, en particular se afirma que: "En el individuo vivo las muestras se toman en sangre y orina...En los humanos la vida media de la cocaína es de 40 a 90 min, la benzoilecgonina [metabolito de la cocaína] puede detectarse en orina durante 48 horas, pero en grandes usadores puede continuar excretándose por 10 a 14

días" (sic). (GARRO VARGAS, Karen, "Cocaína: actualización médico legal", en Revista de Medicina Legal de Costa Rica, Vol.28, Nº 2, Heredia: septiembre de 2011, P. 62)."

NECESARIA DEMOSTRACIÓN QUE LA DROGA SE TENÍA PARA FINES DISTINTOS AL AUTOCONSUMO, PARA QUE TENGA RELEVANCIA JURÍDICO PENAL

"5. En lo tocante al delito de Posesión y Tenencia, contemplado en el inciso primero del Art. 34 LRARD, se advierte que esta figura punible conmina con la sanción de uno a tres años de prisión, a quien posea o tenga sin permiso de autoridad competente cualquiera de las sustancias prohibidas enlistadas en el Art. 2 LRARD, en una cantidad inferior a dos gramos. No obstante, debe aclararse que el criterio cuantitativo expresado por el legislador no es aplicable de manera automática, pues, este inciso ha sido sometido a interpretación conforme a la Constitución, determinándose que, en los supuestos que el destino de la sustancia es el autoconsumo, se configura una conducta autorreferente que no pueden ser objeto de sanción, de acuerdo a los límites legítimos del poder punitivo del Estado que se derivan del principio de lesividad del bien jurídico. Por ello, para imponer una pena por este ilícito en un asunto concreto, se requiere acreditar el elemento subjetivo especial denominado "ánimo de traficar" que consiste en que la posesión esté orientada al tráfico u otras formas semejantes de promoción del consumo de estupefacientes (Cfr. Sala de lo Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad Ref. 70-2006, de fecha 16/11/2012).

En seguimiento de la interpretación conforme a la Constitución del referido tipo penal, esta Sala ha considerado en asuntos conocidos previamente, que corresponde a la acusación estatal acreditar el mencionado elemento subjetivo especial, mediante la actividad probatoria (Cfr. Sentencia de casación Ref. 131C2015, de fecha 26/06/2015). Por consiguiente, la representación fiscal ha de presentar las probanzas directas que señalen la intencionalidad del imputado, y dado que esto con frecuencia no es posible, habrá de acudirse a elementos indiciarios que permitan construir el inequívoco sentido delictivo y no autorreferente de la conducta acusada.

En relación con lo expuesto, conviene recordar que la Fiscalía General de la República interviene en el proceso penal con el propósito de defender los intereses del Estado y la sociedad, con estricto respeto a la normativa legal, sin buscar automáticamente una condena en todas las causas, sino cuando sea procedente, conforme a derecho. Por ello, el Art. 75 Pr. Pn., impone a la agencia fiscal la obligación de indagar las circunstancias favorables y desfavorables para la persona acusada; de modo, que ante la posesión de una escasa cantidad de sustancia prohibida, sólo ha de ejercerse la acción penal, cuando como resultado de la labor investigativa desarrollada por la agencia fiscal y sus órganos auxiliares, se haya descartado que se trate de posesión preordenada al autoconsumo.

Además, este colegiado casacional ha sostenido en decisiones previas, que al no demostrarse que concurre la intención de tráfico, en atención a la presunción de inocencia contemplada en el Art. 12 Cn., ha de presumirse a favor del imputado que la posesión de la escasa cantidad de droga ilícita es para consumo

propio (Cfr. Sentencia de casación Ref. 207C2015, dictada el 18/11/2015). Cabe mencionar que en el mismo sentido se pronuncia la doctrina, al reflexionar sobre los casos de posesión de cantidades insignificantes de drogas ilícitas, sosteniendo que ante la ausencia de prueba suficiente, al menos de orden indiciario, que permita inferir la finalidad subjetiva del poseedor, se impone presumir que estaba preordenada al consumo y, por ende, "la conceptualización de la conducta como atípica y, por ello, no susceptible de sanción penar (REY HUIDOBRO, Luís Fernando, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, P. 37)."

FISCALÍA CONFIGURA RESTRICCIÓN INDEBIDA AL DERECHO DE DEFENSA DEL PROCESADO AL OMITIR OBTENER OPORTUNAMENTE LA REALIZACIÓN DE UNA PROBANZA

"6. Los conceptos apuntados en los párrafos anteriores son útiles para resolver el extremo objetado por el recurrente. Ahora bien, es necesario delimitar los hechos que rodearon a la petición de la defensa técnica, a partir de la revisión de la carpeta judicial.

Inicialmente, este tribunal advierte que el imputado fue detenido a las […], ocasión en que se le incautó dos porciones de sustancia, con orientación a droga cocaína. Asimismo, […] presentó escrito dirigido a la Fiscalía General de la República, mostrándose parte como defensor particular del encausado y solicitando que se procediera a practicarle examen toxicológico al mismo para establecer si era consumidor de sustancias psicotrópicas.

El planteamiento de esta petición a la agencia fiscal, cobra sentido, al considerar, tal como ya fue explicado en párrafos previos, que la muestra de fluido corporal que será sometida a análisis químico debe recolectarse con prontitud, ya que el transcurso del tiempo hace que ya no sea posible detectar con certeza la sustancia buscada. Precisamente por lo apuntado, la obtención de muestras de fluidos biológicos forma parte de los actos urgentes de comprobación, a tenor del Art. 200 Pr. Pn., y como ya se ha explicado constituye el paso imprescindible para la realización del examen toxicológico o análisis pericia) de detección de drogas.

No obstante, la agencia fiscal dejó de lado esta petición, obviando dar respuesta alguna al planteamiento del defensor, a pesar de lo establecido en el inciso segundo del Art. 75 Pr. Pn., respecto a la obligación de investigar también las circunstancias que favorecen al imputado. Además, al momento de presentar el respectivo requerimiento ante el Juzgado de Paz competente, […], no se hizo mención de lo peticionado por la defensa, incluyéndose como diligencias útiles a realizar para averiguar la verdad, únicamente, la recopilación de antecedentes penales y judiciales del imputado junto con el respectivo informe al Centro de Inteligencia Conjunta Antinarcóticos.

Por otra parte, se identifica que el defensor particular reclamó oportunamente la falta de realización de este examen, en la audiencia inicial celebrada […]; y en la vista pública, realizada el día veintinueve […]; además, de alegado en el recurso de alzada. Esto indica que la parte interesada procuró corregir este

defecto de manera activa, pese a la desatención del Ministerio Público con su obligación legal, a la que se sumó la omisión del Juez de Paz que, como director del proceso, debió haber resuelto esta petición durante la audiencia inicial, en la que conforme al diseño del procedimiento sumario han de resolverse los incidentes planteados por las partes y sanearse las eventuales falencias del requerimiento fiscal.

7. Considera esta Sala, que la omisión de la representación fiscal para disponer lo necesario a efecto de realizar el examen toxicológico del imputado, ha configurado una afectación al derecho de defensa de éste. Y es que, el resultado de identificación positiva de sustancias ilícitas o de los metabolitos de las mismas en el análisis practicado a una persona imputada, constituye un indicio relevante en los supuestos de posesión y tenencia de una escasa cantidad de droga, ya que sumado a otros datos obtenidos de la masa probatoria, puede ser un elemento que corrobore la destinación al autoconsumo (Cfr. Sentencia de casación Ref. 325C2015, pronunciada el 25/01/2016).

Aunado a lo anterior, ha de reiterarse que corresponde a la acusación estatal la carga de probar que la conducta acusada no es autorreferente, sino que se encontraba revestida del ánimo de traficar o promover el consumo de terceras personas (Cfr. Sentencia de casación Ref. 291C2013, de fecha 07/04/2014). Por el contrario, la defensa no está obligada a probar que las drogas estaban destinadas a ser ingeridas por el encausado. No obstante, es una estrategia defensiva legítima que se obtengan y aporten elementos probatorios que ilustren al tribunal de juicio, sobre la condición de drogodependiente del indiciado, lo cuál llevaría a interpretar en distinto sentido otros componentes de la plataforma fáctica.

Ahora bien, no escapa al entendimiento de esta Sala, que en el caso concreto, era posible ofrecer otras evidencias alternativas para fortalecer esta tesis de la defensa técnica, aprovechando el plazo de investigación que se prevé en el procedimiento sumario, y que en el asunto concreto fue de quince días posteriores a la audiencia inicial, verbigracia, solicitar un examen médico integral del encausado.

No obstante lo apuntado, este tribunal es de la opinión que el examen toxicológico resulta una probanza decisiva en el presente asunto, ya que, al ser concatenado con otros datos obtenidos de la prueba desfilada en la vista pública, conduciría a esclarecer que el sindicado es una persona adicta a la cocaína y que permanece bajo los efectos de esta sustancia mientras realiza sus labores cotidianas como conductor de autobuses. De lo anterior, cabría deducir que la destinación de las dos porciones de droga que le fueron encontrados, con un peso de cero punto seis gramos, era satisfacer la necesidad de consumo derivada de su dependencia, descartándose la pretensión punitiva estatal, al tratarse de una conducta autorreferente.

En vista de ello, ante la relevancia de la prueba que no fue obtenida en el momento oportuno, debido a la omisión de la agencia fiscal para ordenar la realización del examen pedido por el abogado defensor en la etapa inicial de la presente causa, sumada a la pasividad del juzgador para corregir este defecto en la audiencia inicial, esta Sala identifica la configuración de una restricción indebida en el derecho de defensa del procesado.”

PROCEDE DECLARATORIA DE NULIDAD CUANDO EL ACTO VICIADO PRODUCE LA INDEFENSIÓN DEL PROCESADO

"8. Al haberse identificado una violación de derechos fundamentales, corresponde a este tribunal determinar la forma en que deberá ser corregida. Ciertamente, cuando el acto viciado produce la indefensión del sindicado, y se determina que la reparación es imposible, surge como respuesta la declaratoria de nulidad (Cfr. BINDER, A., El Incumplimiento de las Formas Procesales, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2000, P. 92).

Desde luego, en el presente asunto es palpable la indefensión en que se puso al indiciado al verse impedido a obtener un medio probatorio de innegable utilidad. Aunado a ello, esta Sala remarca que no bastaría anular la decisión emitida en su oportunidad por el tribunal de alzada, pues, el yerro identificado se produjo en la etapa inicial de la causa, y ha proyectado sus efectos en todas las etapas subsiguientes, imposibilitando el ejercicio pleno de la defensa en el juicio oral, al no contarse con una probanza útil para la determinación de la responsabilidad penal. Por consiguiente, correspondería anular el proceso penal seguido contra el imputado […], desde la audiencia inicial, cuando se obvió corregir la omisión de la representación fiscal en torno a la prueba solicitada por la defensa, ordenándose que se repongan las actuaciones invalidadas por un tribunal distinto."

PROCEDENTE CASAR Y DECLARAR LA ABSOLUCIÓN DEL PROCESADO, COMO UNA FACULTAD DE ENMENDAR DIRECTAMENTE LA VIOLACIÓN DE LEY BAJO EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL

"Sin embargo, en decisiones previas de esta Sala se ha sostenido, que en ciertos casos resulta inoficioso y contrario al principio de economía procesal y a la obligación constitucional de prestar una pronta y cumplida justicia que se ordene la reposición del juicio cuando se prevé inexorablemente que se arribará a un determinada conclusión, debiéndose en tal caso, dictar de manera directa el fallo que se encuentra ajustado a derecho, particularmente cuando se trata de una absolución (Cfr. Sentencias de casación Ref. 25-CAS-2015, pronunciada el 13/01/2016 y Ref. 130-CAS-2008, emitida el 13/10/2013). Este aspecto también goza de aceptación doctrinaria, sosteniéndose que "se concede al tribunal de casación la función francamente positiva de aplicar concretamente la norma debida al caso sometido a su decisión", evitando así que el reenvío se cumpla como mera formalidad (Cfr. DE LA RÚA, F., La Casación Penal, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1994, P. 265).

Aunado a ello, este tribunal ha considerado en decisiones anteriores, que en virtud de la función dikelógica de la casación, que consiste en aplicar justicia en el caso concreto, es factible que este colegiado aprecie oficiosamente aquellos errores de derecho cuya rectificación suponga un beneficio para la persona condenada por un hecho punible, basándose en la voluntad impugnativa manifestada al interponer la acción recursiva en contra de la condena impuesta (Cfr. Sentencia de casación Ref. 129C2015, pronunciada el 21/09/2015; en el mismo sentido, lo afirma la jurisprudencia comparada, vid. Sala Segunda del Tribunal

Supremo de España, STS 94-2006, de fecha 10/02/2006, Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

Y es que junto a la violación del derecho de defensa analizada en párrafos anteriores, esta Sala identifica un error adicional referente al juicio de tipicidad del ilícito acusado. En ese orden, ya se estableció en el fundamento jurídico número cinco del presente proveído, que por imperativo de la presunción de inocencia, la acusación estatal debe comprobar fehacientemente por vía de prueba directa o por indicios, la destinación al tráfico u otras formas de promoción del consumo de drogas, para que se configure el delito de Posesión y Tenencia Ilícita de Droga, Art. 34 Inc. 1° Pr. Pn. (Cfr. Sentencia de casación Ref. 291C2013, pronunciada el 07/04/2014, criterio reafirmado en la sentencia de casación Ref. 131C2015, dictada el 26/06/2015).

En vista de ello, los fallos judiciales en relación a este delito deben desarrollar un esfuerzo adicional de motivación, respecto a la concurrencia del referido elemento subjetivo especial, pues de otra manera el juicio de tipicidad sería incompleto. Al mismo tiempo, no se satisfacería la exigencia del principio de lesividad del bien jurídico, que determina la necesidad de deslindar las conductas autorreferentes de aquellas que efectivamente ponen en peligro la salud pública como bien jurídico tutelado por esta figura penal.

En el caso concreto, basta revisar las deducciones plasmadas en la motivación analítica de primera y segunda instancia, así como al marco fáctico probado que se construyó a partir de estas inferencias, para identificar de manera palpable que se ha dictado una condena sin haber abordado adecuadamente la tipicidad subjetiva y sin explicar tampoco lo referente a la antijuricidad material, esto es, la efectiva puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Nótese las inferencias extraídas por el Juez de Paz a resultas del desfile probatorio, destacando las evidencias que fueron consideradas de valor decisivo, a saber, el testimonio del agente captor […], y la declaración en juicio del perito […], especialista del Laboratorio Técnico de la Policía Nacional Civil. En concreto, de la deposición del testigo captor, el juzgador de primera instancia extrajo que el día […], el encausado fue detenido en la terminal de buses de la ciudad de […], mientras portaba dos porciones de sustancia con apariencia de droga, y que desde el referido lugar se trasladaron a las oficinas de la Unidad Antinarcóticos para verificar si se trataba de una sustancia prohibida. Por su parte, de lo afirmado por el perito extrajo el juzgador que las dos porciones de sustancia incautada fueron sometidas a prueba de campo, determinándose con certeza que se trataba de cocaína con un peso de cero punto seis gramos y un valor económico de quince dólares con ocho centavos.

Adicionalmente, el tribunal de alzada trató de complementar la motivación de primer grado, enfatizando que la declaración testimonial del agente captor […], proporcionaba ciertos elementos relevantes: en primer lugar, que el encausado fue detenido en un lugar público (terminal de buses); y, en segundo término, que la droga fue descubierta de manera fraccionada en dos porciones y cubierta en pequeños envoltorios plásticos, “forma en la que típicamente se realiza la distribución en pequeña escala de sustancias prohibidas” (sic).

Sin embargo, nota esta Sala que tales reflexiones no alcanzan a sustentar el ánimo de traficar, pues, estos aspectos no indican inequívocamente una des-

tinación específica de las sustancias incautadas, ya que, del mismo testimonio analizado por la Cámara, se desprenden otros elementos de probable sentido exculpatorio, verbigracia, que la presencia del imputado en la terminal de buses no es fortuita o inexplicable, sino que se debe a que él iba conduciendo un autobús interdepartamental que iba arribando al referido lugar cuando fue detenido; asimismo, que previo a la detención, el encausado realizó una maniobra irregular con el mencionado vehículo automotor, conducta característica de las personas que conducen bajo el efecto de sustancias estupefacientes.

Las deducciones apuntadas en los párrafos precedentes, condujeron al Juez de Paz a determinar el cuadro fáctico probado, tal como ya fue reseñado en el antecedente primero de la presente resolución y que no fue modificado por la alzada. En síntesis, éste se limita a determinar que el día […], al imputado le fueron incautadas dos porciones de droga cocaína envueltas en plástico, las que portaba en la bolsa derecha del pantalón; notándose que, como ya se ha explicado, el peso de la sustancia incautada es insignificante.

En ese sentido, esta Sala es de la opinión, que partiendo de los referidos hechos probados que se agotan en establecer el hallazgo e incautación de droga ilícita al encausado, sin ahondar en su posible destinación, debió haberse arribado a un pronunciamiento absolutorio al no demostrarse del elemento subjetivo especial denominado "ánimo de traficar", que es parte integrante de la tipicidad del delito acusado. No obstante, en lugar de ello, el Juzgado de Paz dictó una sentencia condenatoria sin haber agotado el análisis de una de las exigencias básicas del tipo acusado, incurriendo en infracción de la ley penal sustantiva, aspecto que se vio confirmado por la resolución de la Cámara de origen.

Sumado a ello, estima esta Sala, que de reponerse las actuaciones viciadas, practicándose el examen toxicológico solicitado como prueba de descargo, únicamente se vendría a dar mayor abundamiento a la conclusión que se desprende de manera manifiesta del material probatorio y del marco de hechos, tal como ya se encuentra plasmada en las decisiones de alzada y primera instancia; por lo que, al ordenarse el reenvío se arribaría con certeza a una decisión absolutoria.

Por consiguiente, es inoficioso anular y ordenar el reenvío de la causa, imponiéndose por economía procesal, que este tribunal case la decisión objetada y utilice la facultad de enmendar directamente la violación de ley, conforme al Art. 484 Pr. Pn., absolviendo al imputado […] Se aclara, además, que esta Sala ha verificado que al imputado no le fueron impuestas medidas cautelares en el curso del presente proceso; por ello, habrá de mantenerse en la misma situación de irrestricta libertad, como efecto del proveído que hoy se emite."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 94C2016, fecha de la resolución: 22/07/2016*

## EXCUSA

LEGALIDAD DE IMPEDIMENTO CUANDO EXISTE VINCULO DE PARENTESCO EN SEGUNDO GRADO DE CONSANGUINIDAD ENTRE EL JUZGADOR Y EL FISCAL QUE PROMUEVE EL CASO

"La concepción del juzgador como tercero libre de interés o prejuicio se encuentra vinculada a la esencia misma de la jurisdicción y a la propia idea de heterocomposición de los conflictos sociales. Precisamente, la función jurisdiccional puede ser definida como: *"la aplicación irrevocable del Derecho mediante parámetros objetivamente sustentables y jurídicamente argumentados realizada* por jueces *independientes e imparciales"* Cfr. Sentencia de amparo Ref. 206-2012, de fecha 24/10/2014; por tanto, la imparcialidad ha de ser reconocida y potenciada como un requisito insoslayable para el adecuado y legítimo ejercicio de la misma.

Como derivación de esta cualidad de los órganos investidos de jurisdicción, los asuntos sometidos a su conocimiento han de resolverse basándose en razones estrictamente jurídicas, sin atender a influencias provenientes de los sujetos procesales o a las prevenciones en el ánimo de los propios jueces. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que: *"La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia"* (Sentencia dictada en el caso Palamara Iribame vs. Chile párrafo 146).

Además, el juzgamiento por un tribunal imparcial se encuentra reconocido como un derecho fundamental de las partes intervinientes, conforme a los Arts. 186 Inc. 5° Cn., 14.1 PIDCP, 8.1 CADH, y 4 Pr. Pn. Para salvaguardar este derecho, el legislador ha establecido el instituto del impedimento, es decir, aquella facultad excepcional conferida al operador de justicia para separarse del conocimiento de una determina causa, cuando estime que existen motivos fundados que generen una sospecha de parcialidad.

Por otra parte, se ha reconocido que la exigencia de imparcialidad del operador de justicia no se limita a la concreta regulación normativa de los supuestos de inhibición; adicionalmente, implica un deber de honda raigambre ética, ya que, como lo sostienen criterios doctrinarios que esta sede comparte: *"la imparcialidad, más allá de las garantías institucionales, es un hábito intelectual y moral de quien decide y que se resume en la total y absoluta ausencia de interés personal o privado en el resultado de la causa"* (ECHEVERRÍA, Germán, "La imparcialidad del tribunal oral en lo penal: tras la conquista de la garantía", en *Revista de derecho,* Universidad Austral, Vol. XXIII, N°1, Valdivia, Chile, julio de 2010, P. 274).

Por lo anterior, surge el instituto procesal de la excusa, el cual permite al juzgador revelar de forma libre y espontánea la existencia de uno o varios impedimentos en relación a algún asunto sometido a su despacho, vislumbrándose múltiples efectos beneficiosos de este mecanismo, ya que, por una parte, el juzgador cumple su obligación legal y deontológica; al mismo tiempo, se preserva la confianza de las partes en la cristalinidad de la decisión que se adopte; a la vez, se protege la *"imagen de un tribunal imparcial propia de una sociedad democrática"* (BACIGALUPO, Enrique, *El Debido Proceso Penal,* Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, P. 93).

**2.-** Dentro de los supuestos predeterminados de inhibición, se encuentra la existencia de relaciones de índole familiar entre el juzgador y cualquiera de las

partes (Art. 66 N° 3 Pr. Pn.), comprendiéndose a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Lo anterior, tiene asidero en el afecto y simpatía mutua que, generalmente, mantienen los miembros de un mismo grupo familiar.

Ahora bien, habiendo analizado la declaración jurada del funcionario excusante, la Sala advierte que éste dio exacto cumplimiento al deber ético y legal de salvaguardar la imparcialidad en la administración de justicia, al poner de manifiesto que le une vínculo de parentesco en segundo grado de consanguinidad con la agente fiscal acreditada en la presente causa, licenciada [...]; notándose, también, que la referida letrada se encuentra en contraposición a la parte que promueve el medio impugnaticio relacionado en el preámbulo de esta resolución.

En vista de ello, es ostensible apreciar la concurrencia del presupuesto fáctico del impedimento establecido en el Art. 66 N° 3 Pr. Pn., hallándose plenamente justificado que se separe al licenciado [...] de dilucidar el remedio de alzada antes mencionado. En consecuencia, habrá de declararse la legalidad de la causal invocada, a efecto de asegurar un juzgamiento imparcial, transparente y objetivo en esta causa, y por consiguiente, habrá de efectuarse el llamamiento a un Magistrado Suplente para analizar y resolver el escrito recursivo en mención."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 3-EXC-2016, fecha de la resolución: 08/02/2016*

## EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR MUERTE DEL IMPUTADO

INOFICIOSO ANALIZAR EL ESCRITO RECURSIVO

"1) La decisión que se impugna es la que resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa, contra el auto de apertura a juicio dictado por el Juzgado Séptimo de Instrucción de San Salvador, en lo relativo a la sustitución de la medida cautelar de arresto domiciliario por la detención provisional que se le impuso a su representado, el señor [...], por atribuírsele los delitos de ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, previsto y sancionado en el Art. 333 CP., en contra de la Administración Pública, en concurso ideal con el delito de CASOS ESPECIALES DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS, previsto y sancionado en el Art. 5 Lit. a) de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, en perjuicio del Orden Socioeconómico; PECULADO, previsto y sancionado en el Art. 325 CP., en perjuicio de la Administración Pública, en concurso ideal con el delito de CASOS ESPECIALES DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS, previsto y sancionado en el Art. 5 Lit. a) de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, en perjuicio del Orden Socioeconómico; y DESOBEDIENCIA DE PARTICULARES, previsto y sancionado en el Art. 338 CP., en perjuicio de la Administración Pública.

2) Conforme a las copias certificadas, remitidas a esta sede, el licenciado [...], Jefe del Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de San Salvador, extendió certificación de la Partida número ciento veintitrés, asentada a Folio ciento veintitrés del Libro siete del Registro de Defunción, en la que se hace constar que [...], del sexo masculino, de cincuenta y seis años de edad, casado,

originario de Santa Ana, hijo de […], falleció a las veintiún horas y cincuenta y dos minutos del día treinta de enero de dos mil dieciséis, en el Hospital de la Mujer, de esta ciudad, a consecuencia de evento cerebro vascular.

**3)** Asimismo, según fotocopia certificada del levantamiento de cadáver, extendida por el doctor [...], Jefe de Clínica Forense del Instituto de Medicina Legal, la doctora [...], Médico Forense, reconoció el cadáver de [...], en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital de la Mujer, San Salvador, a las veintitrés horas y cincuenta y dos minutos del día treinta de enero del año dos mil dieciséis, en la que consigna que la causa de la muerte fue accidente cerebro vascular y que, por orden fiscal, no se le practicó autopsia al cadáver.

**4)** Con la documentación anterior, esta Sala tiene por acreditado formalmente, para fines procesales, el fallecimiento del sindicado [...].

**5)** Si bien es sabido que la muerte de la persona imputada surte efectos en el proceso penal, en cuanto al ejercicio de la acción penal y la responsabilidad penal, conforme lo establecen los Arts. 31 N° 1, 45 N° 2, 46, 312 N° 3 y 350 N° 4 CPP., de lo que obra en las diligencias enviadas por el Tribunal Quinto de Sentencia, se puede colegir que, a la fecha de remisión, no se habían realizado aún actuaciones de las partes, ni decisiones judiciales al respecto.

6) El Art. 31 N° 1 CPP establece que la acción penal se extingue por la muerte del encausado, configurando una forma anormal de terminación del proceso penal, por lo que, en consonancia con lo anterior, se prevé como excepción oponible por las partes en el Art. 312 N°3 CPP, y como causal de procedencia del sobreseimiento definitivo, de conformidad con el Art. 350 N° 4 CPP., ya que no cabe acusar a una persona ya fallecida, ni proseguir el proceso penal cuando ésta muere durante su tramitación; en el mismo sentido, no se puede exigir la responsabilidad penal de una persona que ha dejado de existir, de acuerdo a lo regulado en el Art. 96 N° 2 y 98 CP. Y esto es así, porque tanto el poder punitivo como el poder acusatorio tienen necesariamente una referencia subjetiva pasiva sobre la cual recaer, por lo que no puede acusarse o condenarse a personas que físicamente han dejado de existir. (Véase: Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín, Derecho Procesal Penal, 5”. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 433)

7) Considerando lo anterior, está claro que el proceso penal incoado contra el ahora difunto [...], a quien se le atribuían los delitos relacionados en párrafos precedentes, no puede proseguir, dado que su muerte indefectiblemente extingue la acción penal iniciada en su contra cuando aún estaba con vida; correspondiendo la terminación del mismo por la vía que establece el Art. 350 N° 4 CPP., que regula: “El juez podrá dictar sobreseimiento definitivo en los casos siguientes: 4) Cuando se declare extinguida la acción penal...”. Es decir que, para que pueda decretarse el sobreseimiento definitivo, se requiere que el Juez que tiene a cargo la causa dicte previamente la extinción de la acción penal, conforme al Art. 31 CPP., ya sea a petición de parte, como lo establece el Art. 312 N° 3 CPP o de oficio.

8) Ahora bien, lo que concita la actuación de esta Sala es el recurso de casación interpuesto por la Querella contra la resolución de la Cámara Primera de lo Penal de La Primera Sección del Centro, con sede en esta ciudad, que revocó

parcialmente la decisión del Juez Séptimo de Instrucción de San Salvador en cuanto a sustituir la medida cautelar de arresto domiciliario por la detención provisional, y que además anuló la imputación de los delitos de Casos Especiales de Lavado de Dinero y de Activos, decretada por el Juez instructor en el auto de apertura a juicio.

9) Sin embargo, por concurrir la causal de extinción de la acción penal por muerte del imputado del imputado, es inoficioso que este tribunal casacional entre a analizar el escrito recursivo, ni siquiera en el aspecto meramente formal del examen preliminar de admisibilidad, pues, cualquier pronunciamiento constituiría un dispendio de la actividad jurisdiccional de esta sede, dado que la pretensión impugnativa de los acusadores particulares versa sobre una decisión judicial que ya no producirá efectos, en tanto que ha dejado de existir el justiciable contra quien se dirigía la persecución penal."

TERMINACIÓN DEL PROCESO POR FALLECIMIENTO AFECTA ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE AL IMPUTADO QUE HA MUERTO

"10) Al respecto, es preciso enfatizar que la terminación del proceso por fallecimiento afecta única y exclusivamente al imputado que ha muerto, de modo que si existen otros indiciados, otras personas imputadas como coautores, cómplices, autores mediatos, instigadores o encubridores, el proceso puede seguir frente a ellos para dilucidar las responsabilidades respectivas.

11) Y en este caso, aunque inicialmente se incoó el proceso y se acusó formalmente sólo al señor [...], se advierte que en el auto de apertura a juicio, dictado por el Juez Séptimo de Instrucción, a las quince horas con cincuenta minutos del día siete de diciembre de dos mil quince, se hace referencia a la encomienda efectuada a la representación fiscal, respecto de la investigación de otros probables autores o partícipes en los hechos (Fs. 88, 838); de manera que la terminación de la persecución penal es solamente en relación al fallecido, y no deberá afectar en ninguna medida la aludida comisión a la Fiscalía General de la República, para que continúe hasta su culminación con las averiguaciones pertinentes, en atención a otros posibles implicados en relación al delito de Casos Especiales de Lavado de Dinero y de Activos."

ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO PROCEDE CON INDEPENDENCIA DE LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

"12) Asimismo, debe considerarse que la extinción de la acción penal en la presente causa, no constituye óbice para que el ente fiscal pueda iniciar acción extintiva de dominio contra los bienes de origen o destinación ilícita que se logren deducir de los hechos que estaban siendo investigados, pues de conformidad con lo establecido en los Arts. 6 y 10 de la Ley Especial de Extinción de Dominio y Administración de los bienes de origen o destinación ilícita, la acción de extinción de dominio procederá con independencia en cuanto a que los presupuestos establecidos en la citada ley hayan ocurrido con anterioridad a su vigencia y las resoluciones adoptadas en el proceso penal no afectarán el ejercicio de la

acción, dada su autonomía, por lo que las diligencias de investigación realizadas y que obran en el expediente pueden ser utilizadas para esos fines."

PROCEDE DEVOLUCIÓN DE ACTUACIONES PARA QUE EL TRIBUNAL CORRESPONDIENTE DECLARE A PETICIÓN DE PARTE O DE OFICIO LA TERMINACIÓN DEL PROCESO

"13) Por consiguiente, esta Sala estima procedente devolver las actuaciones a la Cámara de origen, sin emitir pronunciamiento alguno sobre los puntos de impugnación invocados en el recurso de casación de la Querella y la respectiva contestación de la Defensa, por ser innecesario, ante los efectos de la extinción de la acción penal por muerte del imputado, que deberá ser oportunamente declarada por el Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador, ya sea a petición de parte o de oficio, para dar por terminado el procedimiento únicamente respecto al procesado [...], debiendo oportunamente certificar lo conducente a la Fiscalía General de la República, para que proceda conforme a derecho corresponde, según se ha mencionado en los párrafos precedentes."

ACCIÓN CIVIL NO SE EXTINGUE POR LA MUERTE DEL IMPUTADO

"14) En relación a la acción civil, que no se extingue en razón de la muerte del procesado, conforme a lo dispuesto en el Art. 45 N° 2 lit. c), y 46 CPP., deberá pronunciarse el Tribunal de instancia respectivo, de acuerdo a las pruebas que obran en el proceso."
*Sala de lo Penal, número de referencia: 44C2016, fecha de la resolución: 16/06/2016*

## EXTORSIÓN AGRAVADA

ANULACIÓN PARCIAL DE LA SENTENCIA ANTE YERRO EN LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL DELITO

"2.- Por otra parte, en lo concerniente al segundo motivo de apelación, argüido, se desprende del recurso y del escrito de subsanación, que el defensor lo denomina de la siguiente forma: "Errónea aplicación de un precepto legal contenido en los arts. 2 y 3 numerales 1 y 7 ambos de la Ley Especial contra el delito de Extorsión, en concordancia con el art. 469 Inc. 1° Pr. Pn., por la errónea aplicación de los arts. 24 y 69 Pn",

Acerca de ese vicio, esta sede al examinar los argumentos explayados por el impetrante, desprende claramente que concurre una clara identificación del yerro, que refiere a una infracción por el fondo, dado que objeta la calificación del delito en su modalidad consumada.

Por otra parte, es de señalar, que el impetrante es preciso al acotar en sus alegatos los fundamentos en los que sustenta la presencia del vicio de apelación, expresando:

"... al momento de hacer el juez A quo la absorción con figurativa de la figura delictual resultante de los hechos acreditados, [sostuvo] en el apartado V de dicha sentencia que: ...LOS HECHOS ACREDITADOS SE ENMARCAN DEFINT1VAMENTE EN EL ILICITO DE EXTORSIÓN AGRAVADA, tipificado y sancionado según los arts. 2 y 3 numerales 1 y 7 de la Ley Especial contra el Delito de Extorsión... "(Sic).

Al respeto la defensa, expresa consecuentemente que al: "...haber sido capturado en flagrancia su defendido se produjo una desviación causal que impidió el propósito final del delito y en ese sentido, los actos hasta ese momento ejecutados, encajan en una tentativa acabada" (Sic), por lo que en su criterio, su defendido no debió ser condenado bajo una modalidad de Extorsión Agravada consumada, sino en acato a lo dispuesto en el Art. 24 Pn.

Aunado a lo anterior […] del escrito de alzada, se cuenta con una clara petición del impetrante, en la que solicita, se enmiende el yerro judicial cometido en "lo relativo ala calificación jurídica en la cual el A quo adecuo los hechos que tuvo por probados y la pena que impuso como consecuencia de aquella", pues en su criterio debió calificar el hecho como Extorsión Agravada Imperfecta o Tentada.

El argumento planteado, se encuentra acorde a los presupuestos formales de admisibilidad, siendo que existe una identificación del yerro alegado junto con los preceptos legales invocados como erróneamente aplicados, una exposición de los fundamentos en los que se sustenta la presencia del mismo, la trascripción de la sección de la resolución de alzada donde se encuentra la infracción y la solución que pretende, en virtud de lo cual la decisión del Ad quem no es compartida por esta sede casacional, ya que de la integración del recurso y del escrito de subsanación de prevención, a criterio de esta Sala, se logran desprender los presupuestos del Art. 453 y 470 Pr. Pn, sin embargo será el tribunal de reenvío quien se pronuncie al respecto.

Siendo por tanto procedente la anulación fragmentada del auto interlocutorio dictado por la Cámara, a la cual hace mención el autor Peyrano, Jorge W en su obra que refiere a la anulación parcial, Jurisprudencia Santafesina, número 59, pag. 193, recayendo la misma únicamente en los razonamientos expuestos por el A quo acerca de este segundo vicio, dado que la trascendencia y el punto sobre el cual reside el yerro se ciñe únicamente a esta porción, manteniéndose incólume el resto de proveído impugnado."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 202C2016, fecha de la resolución: 10/10/2016*

AUSENCIA MÍNIMA DE ACTIVIDAD PROBATORIA DE CARGO, QUE SE INFIERA LA REALIZACIÓN CONJUNTA DE ACCIONES TÍPICAS PARA CONFIGURAR EL DELITO

"En cuanto al tercer motivo, alega la errónea aplicación del art. 33 CP, la inobservancia del art. 36n°2 CP en relación con el art. 478 n°5 CPP, afirmando que según los hechos probados, a su defendido se le atribuye haber realizado acciones de vigilancia, por lo que a su defendido procedería aplicarle una complicidad no necesaria, art. 36 n° 2 CP, ya que el recibimiento del dinero fue ejecutado pro una tercera persona, además que no se probó su intervención

en la exigencia de dinero, ni en la negociación, resultando también que cuando supuestamente se suscitó la intervención de su representado, los hechos ya se estaban desarrollando, la víctima ya había tomado la decisión perjuidicial para su patrimonio de entregar el dinero exigido ilícitamente.

SEGUNDO. Habiéndose examinado la sentencia de segunda instancia con base en los motivos admitidos, de conformidad al art. 459 inc.1° CPP, resulta que procede estimar el presente recurso por el tercero de los motivos antes señalados, casando el fallo de confirmación de la sentencia condenatoria de primera instancia dictado contra el acusado […], y enmendar directamente la violación de ley encontrada, mediante el pronunciamiento de un fallo absolutorio. Asimismo, no obstante haberse declarado inadmisible el recurso de casación que fue promovido por la defensa pública a favor de los imputados […], considerando que el error jurídico de adecuación típica que se sancionará, es común respecto de lo tres acusados, es procedente aplicar el efecto extensivo que manda el art. 456 CPP, motivo por el que también se casará la sentencia de confirmación y de reforma respectivamente, y en su lugar se dictará un fallo absolutorio en relación a ambos procesados. En atención a la eficacia anulatoria del tercer motivo, resulta innecesario resolver los motivos uno y dos.

En consecuencia, esta sala examinará la sentencia de apelación a efecto de establecer si la declaración de hechos probados determinada en las instancias, describen acciones de los acusados, típicas de coautoría y de complicidad necesaria, respectivamente, en el delito por el cual fueron condenados.

TERCERO. Según la sentencia recurrida, el fallo condenatorio de primera instancia está fundamentado en las siguientes consideraciones: [...].

Por otra parte, en la descripción del hecho objeto del juicio y acusado, se lee que las acciones concretas que se le atribuyen a los acusados son las siguientes, suscitadas durante la primera de las entregas de dinero: [...]

En la sentencia 95-CAS-2009 dictada a las diez horas y treinta minutos del doce de diciembre de dos mil doce, esta Sala interpretó el art. 33 CP en el sentido que: *"la coautoría es una forma de autoría en la que dos o más autores se reparten el cometimiento del delito, lo que supone un mutuo acuerdo entre los intervinientes, que es el que cohesiona las distintas contribuciones parciales objetivas en un hecho unitario imputable recíprocamente a todos en la medida y alcance del convenio delictivo. Por consiguiente, la coautoría exige dos requisitos básicos: a) Una resolución común de cometer el delito y b) La ejecución de la acción final en forma conjunta mediante contribuciones o aportaciones objetivas y esenciales".*

En la casación 100-CAS-2010 dictada por esta Sala a las diez horas del trece de diciembre de dos mil trece, se consideró que la imputación del delito de Extorsión a título de coautoría contra sujetos que realicen acciones mientras se hacen entregas de dinero (verbigracia: vigilancia, transporte, seguridad, recepción del efectivo) exige la necesidad de comprobar nexos suficientes con las acciones extorsivas propiamente tales (obligar o inducir a otro *"contra su voluntad a otro a realizar, tolerar u omitir, un acto o negocio en perjuicio de su patrimonio").* En lo pertinente la citada sentencia dice: *"que la valoración jurídico penal de la recogida del dinero extorsionado debe analizarse en cada caso concreto, a*

*fin de determinar si se está en presencia de un acto de autoría o de participación, pues ello depende del alcance y calidad cognitiva del resultado de la actividad probatoria de la acusación, esto es, si se logró comprobar o no, que esa conducta ha manifestando el cumplimiento de un rol específico originado en el acuerdo delictivo o plan de autor común, que distribuyó las tareas delictivas, en cuyo caso será coautor; y le son reprochables, por virtud del principio de reciprocidad, las amenazas extorsivas previas (los actos típicos de ejecución".*

Considerando este marco normativo se constata que, en relación a los imputados […], los hechos declarados probados no describen los elementos objetivos y subjetivos requeridos para la configuración legal de la coautoria, ya que la acusación pública fiscal no aportó elementos probatorios para establecer la necesaria vinculación fáctica entre la presencia de los acusados en el lugar en el que se realizó la primera de las tres entregas de dinero, y las acciones extorsivas ejecutadas vía telefónica, primero directamente a la víctima, y después al personal policial que la suplantó. Por consiguiente, no concurre la base empírica suficiente para colegir que los referidos acusados intervinieron codominando el hecho, y que con arreglo a ese acuerdo criminal estaban cumpliendo un rol de "vigilancia" durante la entrega de dinero, el cual funcional y objetivamente conlleve una aportación esencial al curso causal del delito cometido.

Además, en el hecho probado se afirma que el imputado […], "daba seguridad" al extorsionista que recibió el dinero, sin embargo no se expresa cuáles fueron las concretas conductas dirigidas a brindar seguridad, que le están siendo reprochadas a dicho acusado. Es decir, en qué actos específicos se materializó esa función. Resultando entonces que la sola circunstancia de que el procesado haya "conversado" con el receptor del dinero, no constituye indicio suficiente de su participación dolosa en el delito.

La misma situación se presenta respecto del imputado […], pues el único indicio que lo relaciona concretamente con el delito, es que "se hacía señas con el sujeto que recibió el dinero", sin embargo, los hechos probados no describen esos movimientos corporales, por consiguiente no hay forma de objetivar el sentido razonable con relevancia penal, que se pudiera predicar de algún tipo de comunicación simbólica que se haya establecido entre dicho acusado y el extorsionista que recibió el dinero exigido ilícitamente. En cuanto a que el procesado […], en una bicicleta siguió el vehículo automotor en el que se conducía el agente de policía que entregó el dinero, y que "sus miradas las dirigía al vehículo", tampoco constituyen comportamientos en los que se aprecie inequívocamente su carácter colaborativo o de cooperación para lograr la recepción del dinero, al no haberse comprobado un nexo con el sujeto receptor.

Cabe agregar, que es común respecto de ambos procesados, que los hechos se suscitaron en una vía pública abierta, además que ninguno de ellos disponía en concreto de algún tipo de medios o instrumentos adecuados para favorecer la obtención del dinero (verbigracia: transporte, armas), ni realizaron ninguna acción que manifestara expresa y claramente que su presencia en el lugar estaba encaminada a materializar una resolución común con el sujeto que recibió el dinero de manos del agente policial.

En consecuencia, no existe una mínima actividad probatoria de cargo de la cual se pueda inferir la realización conjunta de las acciones típicas de la extorsión en estricto sentido; es decir, las acciones que buscaban obligar a la víctima a que contra su voluntad realizara actos en perjuicio de su patrimonio. Asimismo, las conductas realizadas por los imputados tampoco son unívocas de acciones de cooperación durante la primera entrega de la suma extorsionada, por consiguiente no es típica de las formas de intervención accesoria del art. 36 CP, pues no está acreditada circunstancia alguna que determine que con los comportamientos señalados hayan facilitado la ejecución del plan delictivo."

INEXISTENCIA DE PRUEBA DE CARGO PARA INFERIR EL ACTUAR DOLOSO POR PARTE DE LA ACUSADA

"QUINTO. En cuanto a la imputada […], el hallazgo de un billete de veinte dólares en su poder, y que parte de su nombre coincida con el nombre de la persona a la que debía depositársele dinero a través de […], no constituye prueba suficiente de coautoría o participación en la extorsión.

La Cámara consideró que existen otros elementos incriminatorios que se derivan de la declaración del testigo […], por ejemplo: "que en dos de las tres negociaciones, el extorsionista le sugirió que pagara el dinero de la extorsión a través de depósitos […], a nombre de la imputadas […], los cuales se robustecen con el hecho de que el billete que le fue encontrado no era de los que recibió su supuesto hijo en la primera entrega, sino de los que recibió el imputado […], en la tercera entrega, con quien no le une ningún vínculo familiar, y sin ser así, tiene un billete que le fue entregado a éste un día antes, y no existe ningún contra indicio que dé otra explicación".

Además, se expresó que: "a la imputada (...) se le encontró en su poder un billete seriado que le había sido entregado a otro de los sujetos extorsionistas, que no es su hijo, entonces estas dos circunstancias acreditadas no son pura casualidad (...) véase que son dos indicios sólidos que hacen inferir que la imputada actuó con dolo, y si bien su actuar no fue en la fase ejecutiva del delito, sí ha tenido un grado de responsabilidad como cómplice necesaria al brindar ayuda vital como era el proporcionar su número de teléfono para hacer el depósito vía Tigo Money, al margen que no se le haya hecho uso de la misma por voluntad de la víctima, habiéndosele encontrado, en otro momento, dinero seriado en su poder que había sido entregado a otro sujeto extorsionista, sin que medie prueba que dé una explicación razonable".

El indicio incriminatorio que hace concurrir la Cámara en su argumento, no supone una acción dolosa de la acusada, el cual si bien pudo ser un dato útil para desarrollar una investigación en contra de la referida imputada, pero no para sustentar una condena por este delito. De manera que, ello no constituye una acción ni omisión que le pueda ser personalmente reprochada, salvo que unido a otras pruebas, que no existen en este caso, se hubiera determinado que ella proporcionaba ese medio para concretar el curso casual delictivo. Esto no está probado y por consiguiente no puede sustentar una condena contra la acusada. En ese orden, la condena de primera instancia y su confirmación infringen

el principio de responsabilidad reglado en el art. 4 CP, ya que está basada en resultados objetivos que no están probatoriamente atribuidos a una conducta dolosa de la acusada.

Es decir, el hecho que los extorsionistas al hacer las amenazas y negociación vía telefónica señalaron el nombre y número telefónico de la señora […], para que la víctima hiciera depósitos de dinero, no constituye una acción u omisión de la imputada en sentido jurídico penal, como erróneamente lo ha entendido la cámara en su proveído, al conjeturar "que el sujeto extorsionista hubiese dado el nombre y apellido de la imputada, así como su número de teléfono para el depósito vía Tigo Money, ello hace inferir que la procesada ya sabía sobre dicha acción delictiva y que había dado su consentimiento para que se utilizase dicho medio de transferencia de dinero, pues nadie va por ahí proporcionando un dato tan personal, que no está a la disposición de todos y que para poderse usar debe hacerlo el titular o alguien de su confianza y bajo su autorización, pues sería fuera de las reglas de la lógica y de las máximas de experiencia común que un sujeto extorsionista se arriesgase a proporcionar un número de teléfono de persona desconocida para que depositen el dinero que él o ellos quieren, sabiendo que esta persona desconocida pueda delatar dicha acción y el fin ulterior de tener el dinero que busca con el delito, no se logre".(Sic)

Debe recordarse que la valoración de la prueba en un proceso judicial se realiza en función del hecho acusado y del hecho objeto del juicio. En ese orden, la Cámara no hizo una apreciación integral del material fáctico, ya que sólo toma en cuenta que dicha indiciada es supuesta madre del sujeto identificado en la "primera entrega" como […], pero no valora que también es progenitora de otro de los involucrados que fue absuelto en primera instancia, a quien le atribuían acciones extorsivas, cometidas supuestamente vía telefónica desde el Centro Penal de […], lo cual debe ser considerado precisamente por lo que dice la misma sentencia de la cámara […], en cuanto a que con base en la relación familiar existente "podría explicarse así la tenencia de dicho billete, intentando justificar que el dinero lo entregó aquél a su madre bajo cualquier concepto, que pasa por la solidaridad familiar hasta llegar a la mera liberalidad, incluyendo cualquier otra razón".

En ese contexto, que se haya proporcionado al negociador el nombre de la imputada y su número teléfono no constituye un dato que esté fuera del alcance de los otros sujetos acusados, hijos de la imputada, lo cual implica que no es verdadero que la explicación más razonable en el asunto concreto es que esa información llegó a poder de los extorsionistas porque la imputada la proporcionó como medio para la comisión delictiva, pues constituye información que generalmente está disponible en el ámbito familiar. Es decir, que faltó una mínima actividad probatoria de cargo de la cual pudiera inferirse la disposición dolosa de la acusada de su nombre y número telefónico para que por ese medio se entregara el dinero exigido en la extorsión. Siguiendo esta línea argumentativa, no está sustentada en datos probatorios la conclusión del tribunal de apelación de que "La realidad establece que la disponibilidad del sujeto extorsionista y por ende de la procesada estaba desde el momento que se facilitó el nombre y el número de teléfono, la cual en efecto existe tal como se ha establecido".

Por lo tanto, el argumento fáctico examinado no está sustentado en elementos de prueba suficientes, para inferir válidamente el conocimiento de la acusada sobre el curso causal delictivo que se estaba desarrollando, que su número telefónico y nombre fue ofrecido por el extorsionista para que por ese medio se diera cumplimiento a la exigencia ilícita, ya que según los hechos acusados estaba interviniendo como coautor con dominio del hecho un supuesto hijo de la imputada, y otro más que recibió el dinero en la primera entrega, pero que también fue visto en la escena de la tercera de las entregas. Por lo que este sólo indicio no es suficiente para condenar, pues no era una persona desconocida como lo menciona erróneamente la cámara, ya que según el hecho objeto del juicio es la supuesta madre de dos de los acusados, uno a quien se imputó la realización de la amenaza extorsiva y al otro recibir una de las entregas de dinero.

Sobre esa base probatoria no es razonable inferir un actuar doloso por parte de la imputada, en el sentido que ella con conocimiento y voluntad de realizar un determinado plan de autor, aportó al curso causal su nombre y número telefónico para que se concretara la disposición patrimonial perjudicial para la víctima.

La jurisprudencia de esta sala 743-CAS-2010 del once de marzo de dos mil catorce, citada por el tribunal de apelación, tiene aplicación en supuestos en los que la actividad probatoria ha determinado suficientemente que el sujeto activo dolosamente ha suministrado al autor, un medio para que se cumpla la exigencia extorsiva. En estos casos, efectivamente, al pertenecer el dominio del hecho a otras personas, la acción resulta accesoria, de colaboración, por ello el encuadre típico en la complicidad.

Distinto es el caso que ahora nos ocupa, en el cual no existe una mínima actividad de cargo sobre la acción dolosa de aportar ese medio. Por el contrario, en un caso análogo esta sala sancionó la infracción legal del art. 4 CP. Así, en la sentencia 614-CAS-2009, de las once horas y veinticinco minutos del catorce de marzo del dos mil once, se casó el fallo de condena que estaba basado en la titularidad de una cuenta bancaria en la que se depositó la suma extorsionada, sin que la acusación fiscal aportara pruebas sobre la disponibilidad dolosa de ese medio por parte de la condenada, lo cual fue interpretado como una forma de responsabilidad objetiva, habiéndose interpretado que *"la concurrencia de dolo o culpa, configura una premisa indispensable en todo argumento que se proponga determinar una responsabilidad penal, no bastando la sola relación causal de carácter objetivo entre conducta y resultado. Por tratarse de un hecho subjetivo, la comprobación judicial del dolo en la sentencia reclama en general del juzgador, una cuidadosa e integral interpretación de los hechos externos u objetivos, para de éstos, vía inferencia, determinar la existencia de aquél"."*

PROCEDE DICTAR SENTENCIA ABSOLUTORIA POR FALTA DE COMPROBACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DELINCUENCIAL DEL IMPUTADO

"SEXTO. Para finalizar, la sala encuentra pertinente recordar y reiterar su jurisprudencia en materia de prueba indiciaria y de la modalidad típica continuada del delito de Extorsión. Sobre el primer dominio, la sentencia 443-CAS-2009 interpretó que "una de las consecuencias más importantes de la presunción de

inocencia es que la condena del acusado está condicionada a que en el proceso penal se compruebe su culpabilidad más allá de toda duda razonable con base en pruebas de cargo practicadas con observancia de las garantías y derechos del debido proceso. En materia penal la validez de las pruebas indiciarias para de construir la presunción de inocencia se encuentra plenamente justificada en vista de la realización generalmente clandestina de los hechos delictivos, lo cual dificulta en principio la obtención de pruebas directas sobre el hecho principal. Técnicamente los indicios son hechos objeto de comprobación que una vez acreditados se traducen en hechos conocidos, de los cuales mediante una inferencia coherente (interna y externa) el juez deriva conclusiones relativas al hecho principal a probar, dando lugar a una presunción judicial. En tal sentido, las presunciones judiciales basadas en indicios probados válidamente en el proceso, son aptas para vencer el estado de inocencia que el ordenamiento garantiza a los imputados, las cuales no deben confundirse con las presunciones legales de culpabilidad que están proscritas porque entrarían en contradicción con el art.12. 1° CN, ni con meras sospechas o especulaciones, que se caracterizan por su carencia de confirmación empírica". Esta referencia es importante para precisar que esta sala reconoce la aptitud de la prueba indiciaria para construir judicialmente la culpabilidad de los acusados, la cual es particularmente útil e idónea para probar hechos subjetivos como el dolo, siempre que esta se sustente en datos probatorios suficientes.

Por otra parte, de la sentencia 126C2014 a las diez horas con cincuenta minutos del once de agosto de dos mil catorce, se interpreta que la continuidad delictiva en el delito de extorsión no depende del número de veces que la víctima cumpla una determinada exigencia ilícita, para el caso del número de entregas de dinero, sino de la reiteración de las acciones extorsivas por parte de los sujetos activos del delito. En la citada sentencia se lee: "Con base en los hechos probados se confirman los elementos objetivos y subjetivos tanto de la continuidad delictiva, como el grado de ejecución consumado, pues la denuncia del veinte de febrero de dos mil diez fue motivada por una acción de los extorsionistas que reiterando el estado amenazante ante el incumplimiento de sus demandas ilícitas, pero incrementando la suma exigida de ochenta a ciento cincuenta dólares, con la misma periodicidad mensual de las entregas, frente a lo que la víctima decidió continuar satisfaciendo la prestación criminal con entregas siempre de ochenta dólares; situación que se mantuvo hasta el mes de […], en el que los extorsionistas repiten la acción delictiva insistiendo en el incremento de la suma exigida a ciento cincuenta dólares, siendo con ocasión de este nuevo hecho que la víctima denuncia otra vez el delito cometido, el veintidós de julio de dos mil diez. De lo anterior se colige la concurrencia de por lo menos dos acciones delictivas singulares reveladoras del mismo propósito criminal cometidas en […], cada una de las cuales supone infracción a la norma penal que subyace en el art. 214 CP, a la vez que ha lesionado concretamente tanto el patrimonio como la autodeterminación de la víctima, que fue mantenida en un permanente estado de zozobra que la conminaba a realizar repetidamente ilícitas entregas de dinero a los extorsionistas, perfeccionándose de esta forma el hecho punible atribuido al acusado (...) de quien se comprobó que intervino en las acciones encaminadas".

Por lo que se concluye que la decisión de segunda instancia incurre en el yerro alegado por el impetrante, en el sentido que se ha verificado la errónea aplicación del art. 33 CP., y se ha inobservado lo dispuesto en el Art. 36 Nº 2 de ese mismo cuerpo normativo, al determinar el grado de participación y responsabilidad penal de los sindicados, procediendo esta Sala a enmendar directamente la violación de la ley, conforme al Art. 484 Inc. 3° CPP."
*Sala de lo Penal, número de referencia: 355C2015, fecha de la resolución: 09/03/2016*

## EXTORSIÓN

AGENTES POLICIALES QUE INTERVIENEN EN UN OPERATIVO DE ENTREGAS CONTROLADAS SON TESTIGOS DIRECTOS DEL DELITO POR LA INMEDIATEZ ENTRE EL ACONTECIMIENTO Y LO PRESENCIADO VISUALMENTE

"1.-El impetrante alega la infracción a las reglas de la sana crítica, refuta que la Cámara al dar respuesta a los tres puntos cuestionados en apelación que son: a) incoherencia en la fecha de captura del imputado, b) diferencia de ubicación geográfica en el lugar de los hechos y c) los testigos D. de A., y V. V., son referenciales en tanto no observaron los hechos; cuestiona que, el *Ad Quem* no desestimó la apreciación de la prueba testimonial, no obstante en un primer momento reconoció la inexactitud de la información temporal que hicieron los testigos […], y la víctima clave "Dos Mil Ciento Cinco", que enseguida el *Ad quem* manifestó que no era mérito para descalificar el delito de Extorsión; refutando el impetrante que la Cámara debió ajustarse a lo regulado en el art. 12 CP., que si bien ello no era parte del núcleo del tipo penal, si era relevante para la construcción de la responsabilidad penal del sujeto activo, que el proceso penal busca establecer mediante un juicio oral y público con arreglo a las leyes, la construcción de un hecho (lugar, hora, día, y año )

**2.-** Luego, el impetrante reclama que su defendido fue encontrado culpable del hecho sucedido en un punto determinado en el Mercado Municipal de Mayoreo, "La Tiendona" y que los testigos […]., y su compañero al rendir su declaración expresaron haberse ubicado por el Redondel la Isla en las afueras del Mercado La Tiendona, pero que los hechos por los cuales fue acusado el procesado sucedieron en el interior del Mercado, sostuvo que a la luz de la experiencia común, todas las personas saben que el Redondel La Isla está como a trescientos metros de distancia de la entrada al mercado La Tiendona, de ahí deriva el impetrante que a los testigos no les consta la supuesta entrega, que dicha información se tornaba referencial, que el dicho del agente M. V. V., no le constaba nada sobre los hechos; acusa que la Cámara consideró que los testigos no sean de referencia sino testigos directos, criticando el recurrente que a dichos testigos únicamente les constaba haber participado en un dispositivo policial, que nunca presenciaron el supuesto momento de la entrega de los billetes seriados.

Asimismo, se cuestiona que la Cámara de mérito dejó de valorar lo expresado por los testigos de descargo señores […], quienes fueron contestes al ex-

presar que el día que el procesado fue privado de libertad no estuvo involucrado en ninguna actividad delictiva y que el dinero incautado de trescientos dólares era producto de la venta de tomates, actividad comercial a la que se dedicaba, que tal situación volvía parcial la sentencia por haber desestimado prueba de descargo.

En el segundo motivo, plantea el impetrante que, la Cámara erró en confirmar la aplicación en forma automática lo que prescribe el art. 8 párrafo final de la LECODEX, en relación con el Art. 478 n° 5 CPP., pues en su saber y entender, el acta de seriado de billetes carecía de valor probatorio porque no fue autentificada de conformidad con los arts. 243 y 249 y 372 CPP.

La Sala advierte que los motivos invocados serán desestimados, por las razones siguientes.

3.- Con relación al primer motivo, del propio escrito se deriva lo que la Cámara de mérito respondió al apelante respecto al primer punto, el *Ad quem* señaló que, ante el error de los declarantes referido a la fecha que sucedieron los hechos acreditados por el *A quo,* fue el seis de mayo de dos mil quince, temporalidad derivado por medio de las probanzas admitidas e inmediadas como el acta de denuncia, el acta de seriado de billetes, el acta de privación de libertad y las diligencias de secuestro, por lo que la contradicción a la que aduce el impetrante no conlleva a deslegitimar a las testificales de los testigos y por ende, la participación delictiva del acusado […], pues según la sentencia de merito, los testigos […] y la víctima clave “Dos mil Ciento Cinco” de forma concordante señalaron al acusado R. P., durante el dispositivo de entrega en flagrancia en el delito de Extorsión,

Con respecto a la ubicación geográfica de los testigos captores A. J. D. de A., y su compañero, quienes se encontraban a una distancia de trescientos metros (Redondel La isla) de donde se hizo la entrega controlada, en el interior del Mercado La Tiendona zona de venta de tomates, el *A quem* sostuvo que la ubicación geográfica de los testigos no era relevante porque todos los testigos habían concordado que estuvieron en el lugar de los hechos; en ese sentido, no es cierto, que la responsabilidad penal del procesado haya sido construida sobre la base de una mentira, como lo señaló el litigante. Además, de acuerdo a las máximas de experiencia, en las entregas controladas en los delitos de extorsión, los equipos policiales se ubican en diferentes partes pero siempre dentro del mismo perímetro que cubre el procedimiento policial controlado, por lo que el reclamo del impetrante no lleva la razón.

Ahora que en opinión del impetrante, los agentes que intervinieron en el procedimiento de entrega controlada e identificación y captura del acusado son testigos de referencia, ya que únicamente participaron en el operativo policial y sólo eran testigos de la captura y del hallazgo del dinero, pero que nunca presenciaron el momento de la entrega de los billetes seriados previamente; la Sala advierte que, en casos como el presente, los testigos no pueden ser testigos de referencia sino testigos directos, pues estuvieron en el lugar, hora y día donde se consumó el evento extorsivo, en el interior del Mercado La Tiendona , pues los testigos (agentes policiales y la víctima clave “Dos Mil Ciento Cinco”), según el texto de la sentencia depusieron sobre los hechos que presenciaron los primeros

en el desempeño propio de sus funciones, son testigos directos de la captura y del hallazgo del dinero producto de la acción extorsiva, tal como lo razona la Cámara de Segunda Instancia, el procesado Luz Alberto R. P., fue la persona que retiró la cantidad de cien dólares que se exigían a la víctima en concepto de renta.

Por lo que en casos como el presente, los agentes que interviene en un operativo de entregas controladas, por la inmediatez entre el acontecimiento y lo presenciado visualmente, son testigos directos del delito de extorsión, y sus testimonios deben ser inmediados en forma integral con el resto del material probatorio arrimado a la causa conforme a las reglas de la sana critica; Ya la Sala en el caso con referencia número 41-CAS-2011, de fecha 15/01/2014, acotó, que las declaraciones de los agentes captores en las entregas controladas en el delito de extorsión son testigos directos del acto extorsivo."

DEBIDA EXCLUSIÓN DE PRUEBA TESTIMONIAL DE DESCARGO ANTE LA DEFICIENTE TÉCNICA EN EL INTERROGATORIO EXPUESTA POR LA MISMA DEFENSA

"4**.-** Ahora bien, el alegato del impetrante referido a que los testigos de descargo [...], no fueron valorados por el *Ad quem,* la Sala verifica en el pasaje de la sentencia objeto de control que, las declaraciones de los referidos testigos fueron desestimadas por la contradicción de éstos; y, ello obedeció a un defecto en el interrogatorio y no a la mendacidad de los testigos; exponiendo la Cámara, que ante la deficiente técnica en el interrogatorio expuesta por la misma defensa y al haber sido provocada por la misma, la proyección recursiva del motivo devino en la inadmisión del punto que ahora intenta hacer valer el impetrante, art. 452 in fine CPP."

INNECESARIA LA AUTENTIFICACIÓN O CORROBORACIÓN DEL ACTA DE SERIADO DE BILLETES, EL ACTA DE CAPTURA Y LAS DILIGENCIAS DE SECUESTRO

"5.- En el segundo motivo, el impetrante reclama que la Cámara ratificó lo actuado por el *a quo* referido a que los medios probatorios consistentes en acta de captura, acta de seriado de billetes y diligencias de secuestro era innecesario su autentificación o corroboración de los mismos, en razón de la aplicación automática del art. 8 párrafo final de la LECODEX; no obstante a criterio del denunciante, éstos fueron incorporadas ilegalmente al juicio, por no cumplir con las reglas procesales de autentificación, de conformidad con lo regulado en los arts. 243, 249 y 372 CPP., y a partir de ahí deriva el litigante que, la sentencia contiene el defecto del numeral quinto, art. 478 CPP.

Al respecto el tribunal de apelaciones sostuvo lo siguiente: "(...) El recurrente aseguró que el juez de sentencia dio valor probatorio al acta de seriado de billetes, sin embargo, dicha acta — a su criterio carece de valor probatorio en cuanto a su contenido no fue confirmado en juicio por el agente R. A. A. S., asegurando el quebrantamiento del art. 175 CPP., relacionado 243 y 249 CPP. (Sic).

Prosigue el Ad Quem. "... es conveniente traer a cuenta el decreto 953, del dieciocho de marzo de dos mil quince, publicado en el Diario Oficial cincuenta y

seis, del veintitrés de marzo de dos mil quince, denominado: Ley Especial Contra el delito de Extorsión (LECODEX) (...) el art. 8 párrafo final LECODEX, señala: "Los jueces otorgarán valor probatorio a los análisis de bitácoras de llamadas y a las declaraciones de los agentes policiales o particulares que participen en la negociación y entrega bajo cobertura policial, así como cualquier otro medio probatorio, científico o tecnológico que les lleve al convencimiento de la existencias del delito y la participación delictiva". (Sic).

De lo anterior, el tribunal de apelaciones manifestó que el juez de instancia estaba habilitado para dar valor probatorio al acta de seriado de billetes, sin necesidad de corroboración por parte del agente R. A. A. S.; y siendo que, el legislador instauró la Ley Especial Contra el Delito de Extorsión para una eficaz investigación en la persecución penal de dicho ilícito; en ese sentido se han aplicado reglas procesales especiales en la inmediación y valoración de las probanzas, por lo que el reclamo referido a que, el acta de seriado de billetes, el acta de captura y las diligencias de secuestro que a juicio del impetrante debían ser autentificadas de conformidad a las reglas del código procesal penal vigente, no lleva la razón, pues fueron valoradas de conformidad a lo que prescribe el art. 8 párrafo final de la LECODEX, (principio de legalidad de la prueba), en tal sentido, los argumentos expuestos por la Cámara están apegados a derecho, siendo infundado el reclamo, pues los defectos atribuidos a la sentencia de segunda instancia no concurren, art. 478 n° 3 y 5 CPP., y deben ser desestimados por no llevar la razón el litigante."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 139C2016, fecha de la resolución: 14/07/2016*

## FEMINICIDIO

ESTABLECIMIENTO DE LA MISOGINIA A TRAVÉS DE PRECEDENTES COMO DENUNCIAS PREVIAS O CUALQUIER ANTECEDENTE DE VIOLENCIA

**"1.-** Como motivo de casación, el impugnante argumenta:

*"Inobservancia de un precepto legal de orden sustantivo"*, basa su reclamo en el Art. 45 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, que se refiere al delito de Feminicidio.

Al respecto, cabe acotar que el peticionario en su recurso disiente con la conclusión de la Cámara, al estimar que la prueba vertida e inmediada en vista pública no era suficiente para establecer la autoría del imputado en el delito por el que se le sentenció, siendo categórico al manifestar el no establecimiento -en su criterio- de los requisitos legales y doctrinarios a que se refiere el artículo en comento.

**2.-** Señala además, que el elemento subjetivo misoginia acotado por el Tribunal de Segunda Instancia no se materializó como tal en el hecho realizado por su representado, ya que en criterio del recurrente, la conducta del imputado no se puede adecuar al tipo penal de Feminicidio sin que se demuestre el elemento subjetivo distinto al dolo (misoginia), citando en el recurso un extracto del proveí-

do del cual infiere la Sala que la Cámara que confirmó la sentencia de Primera Instancia si contó con elementos que fueron valorados conforme a las reglas de la sana crítica, tal es el caso de la testigo […] perito adscrito al Instituto de Medicina Legal de […], quien emitió dictamen pericial con base en el cual el Ad quem tuvo por demostrado que existía un ciclo de violencia intrafamiliar entre víctima e imputado, estando la primera afectada psicológicamente y con codependencia del incoado.

No obstante lo anterior, el recurrente indica que lo mencionado por la referida profesional no es suficiente para dar por establecido el elemento misoginia, solo por el hecho de existir una supuesta violencia intrafamiliar, soslayando el inconforme que la tipificación del hecho atribuido al encartado fue con base en el literal a) del Art. 45 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, que dispone: *"Se considera que existe odio o menosprecio a la condición de mujer cuando ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias: a) Que a la muerte le haya precedido algún incidente de violencia cometido por el autor contra la mujer, independientemente que el hecho haya sido denunciado o no por la víctima".*

Asimismo, la Cámara consideró:

*"...no es cierto que el juzgador ha tenido por acreditado una situación que no consta en el proceso, sin establecer en cuales de los numerales lo conforma, como lo expone el impugnante, porque indiscutiblemente se estableció que el acusado se le defecto conductas marcadas de odio, menosprecio, rechazo o aversión contra la víctima […] lo que representa rasgos de personalidad misoginia y de violencia con visión de género, determinándose con toda certeza, que su impulsividad, irritabilidad o agresividad, eran rasgos generados por sentimientos de misoginia, o que tales rasgos estuvieron basados en las relaciones de superioridad que le generaban las relaciones desiguales de poder con la víctima, a quien le ejercía violencia familiar, domiciliar y sexual desde antes de que ocurrieran el hecho, de conformidad al Art. 45 de la Ley Especial para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres..."* (Sic.).

Aunado a lo anterior, el Tribunal de Segunda Instancia a […]., estimó lo siguiente:

*"En cuanto a la violencia doméstica que el acusado ejercía a la víctima, se determinó con lo expresado por las testigos […] que el acusado había estado detenido durante seis meses en Estados Unidos de América por violencia doméstica en perjuicio de la […] y que este fue deportado del país de los Estados Unidos de América en el año […], y que ante tal situación, la víctima decidió regresar al país -El Salvador- justificando la víctima en vida que lo hacía por amor y que no podría vivir lejos de él; reflejándose con ello el poder de dominio y de control que el imputado ejercía sobre la víctima (...) el testigo con régimen de protección, con clave EUREKA en su declaración, además de señalar como percibió los hechos según sus sentidos; hizo énfasis en la violencia física y psicológica que el acusado ejercía en la víctima, así con la Certificación del Registro de Novedades del Municipio de […] se corrobora no sólo lo manifestado por el testigo EUREKA sino que además que existían antecedentes de violencia intrafamiliar entre víctima e imputado..."* (Sic.).

Adviértase de lo expuesto que es éste el elemento que tuvo por acreditado la Cámara, pretendiendo la parte defensora que esta Sala lo considere no probado, citando algunos artículos doctrinales y haciendo su propia interpretación al respecto, señalando a […] de su recurso que: *"nunca se comprobó que la víctima […], presentara episodios de violencia grave ni aun el día en que falleció..."(*Sic.).

La anterior enunciación es la base del impugnante para asegurar que no es posible la adecuación de la conducta al delito de Feminicidio, dejando ver que no hay certeza del elemento subjetivo misoginia, y que, no se puede afirmar que una discusión, que en todo caso no se comprobó, haya sido cometida por odio al género femenino.

La aseveración del recurrente no es de recibo, pues, claramente la Cámara aplicó, conforme a parámetros de legalidad, el literal a) de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, que categoriza la configuración del delito de Feminicidio cuando medien episodios previos de violencia, los cuales fueron acreditados por el A quo y confirmados por Segunda Instancia.

Es de mencionar que la conducta prohibida por la cual ha resultado condenado el incoado, tiene como parámetro típico causar la muerte de una mujer, por su condición de tal, como resultado de la voluntad del sujeto activo dentro del marco de las relaciones desiguales de poder entre hombre y mujer, siendo la misoginia un especial elemento subjetivo de la autoría, pues, representa un dolo determinado en relación a la conducta definida en el tipo.

En tal sentido, la manifestación de la misoginia puede ser tanto implícita como explicita; para la primera se pueden dar los casos de odio y menosprecio a través de la invisibilización o descalificación de la mujer en sociedad, y la segunda está directamente encaminada con el rechazo, desprecio y aversión, todo ello reflejado en la actitud de situaciones tanto afectivas o cognitivas, referidas estas a un componente intelectual y determinadas por una tendencia en el actuar del sujeto activo, por lo que la forma de probar esas situaciones y establecer la existencia de la misoginia y la presencia de un Feminicidio, es a través de precedentes como denuncias previas ante juzgados, fiscalía, Policía Nacional, etc., o bien no mediando denuncia, con cualquier otro antecedente de violencia o conminación de la víctima, que se pueda establecer con base en peritajes o en aplicación del Principio de Libertad Probatoria, Art. 176 Pr. Pn."

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

"En el presente caso, las distintas Sedes que han conocido del procedimiento tuvieron por acreditado que a la muerte precedieron incidentes de violencia en contra de la ahora occisa, cometidos por el autor del hecho, por lo que esta Sala ha considerado que la determinación del elemento subjetivo ha cumplido con las exigencias de ley, expresando el quejoso su inconformidad con tal acreditación, desacuerdo que este Tribunal no comparte debido a que el casacionista pretende un apartamiento de las constancias del proveído de Cámara y cuyo

efecto devendría en la no configuración del delito por el que resultó condenado el imputado, obviando que la conexión de significado que la ley determina como uno de los supuestos para la configuración del tipo, es codeterminado por la concurrencia de un elemento previo, Art. 45 literal a) de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, que se tuvo por probado y cuyo establecimiento se critica por el quejoso.

En tal sentido, este Tribunal no acoge el discernimiento del recurrente, ya que, el proveído de mérito resiste el análisis crítico y cumple con los parámetros de fundamentación."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 400C2015, fecha de la resolución: 18/05/2016*

## FRAUDE PROCESAL

ACTO DELICTIVO SE INSTITUYE AL PRESENTARSE UNA REALIDAD DEFORMADA, INDEPENDIENTEMENTE DE SI SE DETERMINÓ O NO RESPONSABILIDAD PENAL EN EL DELITO CON EL QUE GUARDA RELACIÓN

"2.- Por otra parte, los peticionarios licenciados [...], expresan que el juicio de tipicidad realizado por la Cámara no es el correcto dado que es necesaria la existencia de un hecho delictivo precedente a la realización del Fraude Procesal. Aunado a ello expresan que en el presente caso no ha sido posible demostrar que la encartada [...], realmente hubiera querido ocultar o inducir dolosamente a error la administración de justicia respecto de un hecho que para ella su cónyuge no cometió.

La Sala considera que **el motivo debe ser desestimado,** por los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

Las manifestaciones expuestas por los recurrentes, explayan dos puntos de queja, encontrándose referido el primero de ellos, a la naturaleza de la figura del fraude procesal, por lo cual previo a emitir pronunciamiento de fondo es necesario llevar a cabo las consideraciones siguientes:

La conducta tipo engloba dos modalidades ejecución, refiriendo la primera de ellas a la alteración artificiosa del lugar posición o condición de las personas, de las cosas o de los cadáveres, lo cuales deben ser objeto de una inspección o reconstrucción y la segunda a la supresión o alteración en todo o parte de la realidad o verdad de lo que se pretendiere conocer, investigar o probar sea por la judicatura o por quien tienen a su cargo el ejercicio de la acción penal.

En el supuesto de la primera modalidad, resulta punible solamente en los casos que esta se lleve a cabo con el fin de engañar en el acto de inspección o reconstrucción y la otra reclama que con dicho acto se busque claramente inducir a error en una actuación o decisión judicial o de la fiscalía.

Ambas conductas son en realidad una sola, pues es preciso que la voluntad del sujeto activo sea presentar una realidad deformada ante quien la tienen que apreciar, en el primer caso, los jueces y en el segundo los jueces y la fiscalía.

El autor Francisco Moreno Carrasco y otros, en su obra titulada "Código Penal de El Salvador Comentado", Tomo II, en la Pág 1005 expresan que para el caso de la figura delictiva de Fraude Procesal: *"Es indiferente que haya existido o no previamente un delito* o *falta, pues igual se comete el tipo ahora comentado cuando se quiere ocultar una previa infracción penal existente* como *cuando se quiere fingir que se ha producido una infracción que, en realidad, no ha tenido lugar."*

Teniendo claro, lo anterior, es procedente examinar el contenido del proveído impugnado ante esta sede, a efecto de verificar, si la queja soslayada por los profesionales, se encuentra presente en los fundamentos intelectivos emanados por la Cámara, y respecto del punto en estudio, se tiene lo siguiente:

En el fundamento jurídico 53, la Cámara señaló: *"...corresponde ahora pronunciarse en cuanto al recurso de apelación planteado... en contra de la sentencia condenatoria dictada en contra de la imputada [...], de la cual sostienen que el juzgador ha inobservado las reglas de la sana crítica... ya que para* [los defensores] *no es posible deducir responsabilidad penal a su defendida... cuando no se ha logrado establecer participación de su esposo el imputado [...], en el delito de homicidio tentado, ya que el fraude es un delito de referencia."*

Continua expresando segunda instancia acerca del reproche alegado que: *"...no es de recibo, ya que si bien es cierto el juez sentenciador, absolvió de responsabilidad penal al imputado [...], por el delito de Homicidio Tentado —absolución que ha sido anulada* por *este tribunal- no resulta cierto que para acreditar la responsabilidad penal de una persona a quien se le atribuye el delito de fraude procesal sea requisito indispensable que se establezca responsabilidad penal al autor del delito que se trata ocultar, sino que únicamente bastará que se prueba la existencia del mismo, y los actos realizados por la otra persona para lograr la alteración de la escena..."*

Concluyendo la Cámara en el considerando número 55 lo siguiente: . "... *así, el delito de Fraude Procesal, atribuido a la imputada [...],* es *un delito que aunque referido a otro hecho delictivo, goza de su propia autonomía, por ello, la vinculación con el delito referente, en cuanto a la existencia de los hechos, no a la responsabilidad individual de una persona. Y en este caso, esta fuera de toda duda que el hecho existió.. .de tal forma que los hechos relativos al haberse cometido un delito contra la vida de una persona, han quedado completamente afirmados, más allá de la comprobación de la participación criminal de una persona:"*

En este punto, es de señalar que, conforme a lo trascrito *supra,* esta Sala advierte que la fundamentación intelectiva de segunda instancia no refiere en ningún momento a una autonomía plena del delito en cuestión, sino que aclara, que la vinculación que guarda el fraude procesal con el delito referente [que para este caso, el de homicidio tentado], es respecto de la existencia de los hechos que acreditan el ilícito, no así respecto a la responsabilidad individual de una persona en la perpetración del mismo, criterio que es compartido por esta sede, dado que el actuar del sujeto activo en el caso del Art. 306 Pn, se ciñe a alteración que este hace del estado de las personas, objetos o cadáveres presentes en una escena delictiva con el fin de engañar en el acto de inspección o reconstrucción judicial o alterando en todo o parte lo que acredita una realidad o verdad

de lo que se pretendiere conocer judicial o fiscalmente, es decir, se dirigen a la deformación de una escena de delito.

Junto a lo anterior, es importante denotar, que no llevan razón los impetrantes al afirmar que no se ha demostrado el hecho precedente, pues Cámara en su fundamentación intelectiva al número 55 del texto, acredita los elementos que le han permitido determinar que existió un Homicidio Tentado, relacionando la víctima, lugar, día y hora, a partir de los cual se encuentra constituido el escenario, que posteriormente fue alterado por la procesada.

Ahora bien, los profesionales sostienen, que al no haberse determinado la participación del procesado [...], en la comisión del delito por el que se le procesa, no existen elementos que sustenten la existencia de un fraude procesal, en el actuar de la procesada [...], quien minutos posteriores al hecho lanzaba agua en el lugar donde fuera la escena en la que se lesionó al ahora occiso con arma de fuego.

Esta sede considera importante advertir, que la esencia del tipo penal que se atribuye a la encartada, refiere a dos modalidades, las cuales se encuentran unificadas por el hecho de que ambas tienen que producirse en el cuadro de un proceso penal ya iniciado o de inminente iniciación, en definitiva se trata de castigar la alteración de los medios de prueba no personales, de tal modo que vengan a probar algo distinto de la verdad histórica.

En el presente caso, los profesionales señalan que al no concurrir condena contra el imputado [...], pierde asidero la imputación contra la procesada [...], obviando los peticionarios, que la conducta típica de fraude procesal, puede verse consolidada tanto en el caso que se hubiera probado la finalidad de engañar en el acto de inspección o reconstrucción judicial o la búsqueda de inducción a error en una actuación o decisión judicial o de la fiscalía, pues el acto delictivo se instituye al presentarse una realidad deformada.

En tal sentido, la Cámara manifiesta en el considerando jurídico número 56 que "... *en el debate, se logró establecer de manera fehaciente que el día dos de mayo de dos mil catorce, el ahora occiso [...], fue lesionado con arma de fuego frente a la casa de los imputados [...]... luego de ellos, se apersonaron a dicho lugar otros agentes... quienes en declaraciones rendidas en juicio, son contestes, al expresar que ... observaron ... a la imputada [...], que ... echaba agua en la sangre que había quedado en el lugar del hecho...*"

Continua expresando el tribunal de segunda instancia en el Número 58 lo siguiente: *"...Con lo anterior, se ha logrado establecer, de manera suficiente tanto la existencia del delito como la participación de la procesada... puesto que* como *se expresó el fraude procesal hace relación esencialmente a la alteración del escenario de un hecho delictivo que se ha cometido con independencia de la decisión sobre la responsabilidad individual de la persona.*

Así, en el presente caso, aun cuando no se ha determinado responsabilidad contra el encartado [...] como el sujeto que llevó a cabo los disparos con arma de fuego contra la víctima, situación que a criterio de los recurrentes haría viable afirmar que el actuar de la procesada estaba dirigido a proteger a dicha persona, se ha logrado acreditar de forma definitiva, -tal como lo expresa la Cámara- la alteración de un escenario, es decir de una realidad o verdad de lo que se pretende

conocer por el juez o fiscalía, haciendo esto presente en la segunda modalidad a la que refiere el fraude procesal, existiendo en el proveído de segunda instancia, fundamentación probatoria intelectiva y jurídica que amparan el arribo a tal conclusión por parte del tribunal de alzada, criterio que comparte esta sede.

En tal sentido es evidente, que existe en el pronunciamiento objetado un análisis concatenado de fundamentación jurídica y por tanto, al contener el proveído impugnado un *iter* derivado acorde a las reglas de la sana crítica, no llevan razón los postulantes en sus aseveraciones pues, se ha configurado el delito descrito en el Art. 306 Pn., por lo cual se tiene por desestimado el defecto casacional alegado.

Se deja constancia que los precedentes relacionados en este pronunciamiento fueron dictados bajo la vigencia de la legislación procesal penal derogada, pero son aplicables al caso de autos por mantenerse incólumes los criterios sustentados en los mismos."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 310C2016, fecha de la resolución: 28/10/2016*

## FUNDAMENTACIÓN COMPLEMENTARIA

LEGISLADOR FACULTA A CÁMARAS DE SEGUNDA INSTANCIA COMPLEMENTAR FUNDAMENTACIÓN DE TRIBUNALES DE PRIMERA INSTANCIA

"En el segundo planteamiento, sostiene el recurrente que la valoración efectuada por la Cámara se aparta de las reglas de la sana crítica y "...pretende suplir la fundamentación que no realizó el sentenciador...". (sic) cuando el Art. 475 Pr. Pn., no regula que el Tribunal de Segunda Instancia pueda completar la fundamentación, ya que la falta de ésta conlleva la anulación, reiterando que no existe razón suficiente para el fallo confirmatorio, por cuanto existe la imposibilidad de verificar la participación de los incoados.

Al respecto, es preciso relacionar que el proveído del Tribunal de Alzada en sus conclusiones establece que, en lo concerniente a la motivación probatoria descriptiva, la sentencia de Primera Instancia destaca los aspectos más sobresalientes del contenido de la deposición de la víctima, de los testigos captores […], así como el acta de reconocimiento en rueda de personas, donde la víctima reconoce a los imputados y sus acciones en la ejecución del hecho.

También, señala que en la fundamentación probatoria intelectiva se hace un análisis global de las anteriores probanzas, al extraer los datos relevantes que de las mismas se derivan, vinculando lo suministrado por cada una de ellas, la congruencia entre sí y lo que las mismas permiten establecer. Posteriormente, respecto a la fundamentación fáctica, indica que en ésta se ha llevado a cabo una reconstrucción de la forma cómo ocurrieron los hechos, determinando los que se tienen como probados. Como consecuencia, expresa que el A-quo subsume esos hechos acreditados a la norma sustantiva, dado que las acciones realizadas por los imputados se adecuan al delito de Robo Agravado, fijando su participación y la pena a imponer.

Finalmente indica que, en resumidas cuentas, en la sentencia se efectúa el análisis de validez y credibilidad de los testigos, el reconocimiento en rueda de personas y su contenido, los datos que de los elementos de prueba se extraen, la reconstrucción mental que de los mismos se establece y la tipicidad de la conducta, por lo que se colman las etapas de motivación probatoria, fáctica y jurídica.

De las citas precedentes, y luego del análisis integral de la sentencia, se tiene que las consideraciones de la Cámara no constituyen una fundamentación complementaria, sino que esgrime razones con las que justifica la decisión de Primera Instancia, ya que por un lado plantea los puntos esenciales en que se basa la decisión y posteriormente confirma que está suficiente fundamentada, cuál ha sido el rol que éstos han desempeñado y el monto de la pena impuesta.

Tal actuación refleja que el Tribunal de Alzada puntualiza que en la sentencia se hace el análisis de validez y credibilidad de los testigos, el reconocimiento en rueda de personas y su contenido, los datos que de los elementos de prueba se extraen, la reconstrucción mental que de los mismos se establece y la tipicidad de la conducta, siendo concluyente en afirmar que en la referida decisión se colman las etapas de la motivación probatoria, fáctica y jurídica, esgrimiendo razonamientos para confirmar la misma y desestimar el vicio invocado, por lo tanto, es inexistente la fundamentación complementaria invocada por el recurrente.

Cabe aclarar, que la fundamentación complementaria está permitida por la naturaleza misma del recurso de apelación y porque, además, está incluida dentro de las facultades resolutivas otorgadas a los Tribunales de Segunda Instancia, de conformidad a lo establecido en el Art. 476 Inc. 2° Pr. Pn., que regula: "... Asimismo el tribunal, sin anular la sentencia recurrida, podrá realizar una fundamentación complementaria...". (sic)

Dicha potestad jurídica está concebida, no para suplir la falta o insuficiente fundamentación de la sentencia de Primera Instancia, debido a que ese defecto de la resolución está sancionado como motivo de apelación en el Art. 400 No. 4 Pr. Pn., con los consecuentes efectos del Art. 475 Pr. Pn., sino que la utilización en la sentencia de apelación de la motivación complementaria, debe partir de la premisa de que el imperativo de sustentar del Art. 144 Pr. Pn., ha sido observado en la sentencia de primer grado, es decir que el fallo emitido está sostenido razonable y esencialmente con lo argumentado en ella, por lo tanto no es anulable conforme el citado Art. 400 No. 4 Pr. Pn., y que no obstante esa suficiencia, la sentencia de apelación decide exponer otros argumentos auxiliares que respaldan los ya expresados, siempre que estos nuevos fundamentos sean pertinentes a las alegaciones manifestadas por las partes al determinar el objeto del procedimiento impugnativo; pero dicha circunstancia no concurre en el presente caso.

En consonancia con lo manifestado, esta Sede emite su acuerdo con los argumentos de la sentencia vista en Casación, por considerar que son válidos, ya que, al verificar el memorial recursivo, se verifica que la fundamentación expuesta por la Cámara, contiene argumentos categóricos y contundentes, al cimentar el iter lógico que le permitiera construir, en forma razonable el planteamiento que le llevó a confirmar el pronunciamiento de Primera Instancia; es así que, con la argumentación de la sentencia de Alzada, se corrobora que luego de realizar un

análisis sobre el contenido del recurso de apelación, ha concluido que el defecto alegado no se configura en la sentencia del grado inferior, sin que haya procedido a hacer una fundamentación complementaria como lo alega el recurrente; en consecuencia, es improcedente casar la sentencia impugnada."
*Sala de lo Penal, número de referencia: 206C2015, fecha de la resolución: 22/02/2016*

## FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA

RECAUDOS MÍNIMOS DE LA FUNDAMENTACIÓN DE AUTOS Y DE SENTENCIAS

"Quien recurre, aduce que la Cámara inobservó las reglas de la sana crítica con respecto a medios probatorios de carácter decisivo, siendo omisa al momento de realizar una valoración integral de la prueba, señalamiento que también le atribuye al Juzgado de Instrucción, al respecto sostiene: […]

En este punto, se estima oportuno hacer referencia a la importancia que tiene el deber de motivar las decisiones judiciales, exigencia constitucional por la cual los jueces han de fundar sus providencias, mismas que deben contener una exposición de los motivos tanto de hecho como de derecho en que se sostengan, así como también las disposiciones legales que se apliquen.

Citando la doctrina, se dice que una sentencia tiene fundamento si la libre convicción del órgano de mérito sobre cada una de las cuestiones planteadas para resolver respecto de la acusación penal, está manifestada 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. Así, cuando en casación se acusa la violación o inobservancia de las citadas reglas, en realidad se está diciendo que las constataciones efectuadas o las conclusiones deducidas por el Juez dé mérito dejan abiertas aún otras posibilidades, que no consideró en los fundamentos de su proveído o no lo indujeron a demostrar y a motivar con más exactitud sus comprobaciones y conclusiones (para excluir estos otros sucesos), por lo tanto, un pronunciamiento no se anula por haber sido incorrecta la apreciación, sino que se anula por ser reprochable la exposición con relación al resultado obtenido *(Cf. Walter Gerhard: Libre Apreciación de la Prueba, Bogotá, Editorial Temis, 1985, Págs. 349 a 363).*

La unión de los hechos y el derecho otorga sentido regular a la motivación, pues permite expresar el camino seguido por el juez al adoptar determinadas conclusiones. Su presencia autoriza y hace controlable el proceso lógico mediante el cual se ha llegado a determinada decisión.

En ese sentido, no es difícil extraer cuáles son los recaudos mínimos que la fundamentación de autos y de sentencias tiene que satisfacer: a) Desarrollar una motivación autosuficiente y comprensible; b) Respetar el postulado de congruencia; c) Valorar razonablemente los hechos, los elementos de convicción o, en su caso, la prueba y el derecho aplicable; y d) Adecuar a la jerarquía normativa.

En suma, es imperativo para todo juzgador fundamentar debidamente cualquier sentencia, auto o providencia que pronuncie, tal y como lo ordena el Art. 144 del Código Procesal Penal, observando las garantías del debido proceso."

AUSENCIA DE ANÁLISIS DE LA PRUEBA CONFORME A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

"Sentadas las anteriores posturas, corresponde entrar al fondo del asunto para resolver de manera adecuada el punto objeto del reclamo, volviéndose pertinente transcribir lo establecido por el órgano de alzada en su resolución y las argumentaciones usadas que interesan para el análisis necesario, las que se leen: […]

De lo anterior, el órgano de instancia concluyó que se carecía de elementos necesarios de convicción que acreditaran el comentimiento del ilícito de Estafa Agravada con el abuso de firma en blanco por parte de la indiciada, por lo que, a su juicio era procedente decretar el Sobreseimiento Definitivo.

En atención a lo expuesto, este tribunal de Casación es del criterio que no existe razón suficiente en las conclusiones de la Cámara seccional y, en consecuencia, se vulneraron las reglas de motivación razonada, por cuanto, no realizó un análisis intelectivo de forma integral, en el que fuese verificando la correspondencia existente entre los elementos de convicción introducidos mediante dictamen de acusación y que tuvo a la vista, como son: denuncia escrita, copia de contrato de mutuo, copia certificada de Proceso Ejecutivo bajo referencia […], copia certificada de Proceso Ejecución Forzosa bajo referencia […], entrevista tomada en la oficina de la Sección de Delitos General del Departamento Privado del Departamento de Investigaciones de la ciudad de Sonsonate, croquis de ubicación, entrevista tomada en sede fiscal, sobre cerrado que contiene CD con grabaciones de conversaciones sostenidas entre la imputada y la víctima; y, las declaraciones de los licenciados […].

En el caso de mérito, esta Sala verifica que la Cámara no analizó en su totalidad la gama de elementos antes relacionados, por cuanto, excluyó lo que de los mismos se logra extraer, de la denuncia de las circunstancias de tiempo, lugar y modo en las que se cometió el ilícito; del contrato de mutuo, la entrega de la cantidad de […] a título de mutuo […]; de las certificaciones tanto del proceso ejecutivo como el de ejecución forzada, la condena al pago de […]; la entrevista en la oficina de la Sección de Delitos General del Departamento Privado, del Departamento de Investigaciones de la ciudad de Sonsonate, en donde manifestó sentirse ofendido por el delito de Estafa Agravada por parte de la imputada, quien le prestó la cantidad de […] y en garantía, él firmó una letra de cambio, la cual llenó la imputada por la cantidad de […] y lo demandó por incumplimiento de pago; el croquis de ubicación del lugar donde reside la incoada; entrevista en sede fiscal, en la que constan las llamadas telefónicas que el señor […], realizó a la indiciada, en las que ella manifestó que la forma de trabajar que tenía al otorgar un préstamo era garantizar con una letra de cambio en blanco; sobre cerrado que contiene […] con grabaciones de conversaciones sostenidas entre la imputada y la víctima, en lo que se constata lo anterior.

En ese sentido, se constata que la prueba no fue valorada de manera integral, por lo que esta Sala al aplicar el método de inclusión mental hipotética para ver la trascendencia del error judicial detectado, considera que lo señalado en los párrafos que anteceden constituyen elementos suficientes para ser aprecia-

dos en vista pública y que el Juez competente estime su eficacia o comprobación positiva para la configuración del ilícito de Estafa Agravada.

Así las cosas, advierte este tribunal que las conclusiones a las que arriba la Cámara no tienen sustento alguno, no logran tener un asidero sólido, pues no derivan de todos los insumos que hasta ese momento tuvo a la vista, y se limita a efectuar una ponderación parcializada; haciendo referencia únicamente al contrato de mutuo que establecía la deuda que la víctima tenía con la imputada, y que en éste no se relaciona la referida letra de cambio, afirmando que lo sostenido por la víctima […], carece de credibilidad porque no existe prueba periférica que acredite que fue él quien suscribió la misma y en qué concepto; de igual forma, consideró irrelevante el dictamen de la experticia grafotécnica, aduciendo que carecía de importancia el hecho que la letra de cambio hubiese sido llenada por persona distinta de la señora […], si consta que fue suscrita por ella. En consecuencia, lo que existe es un incumplimiento a las máximas lógicas de la derivación de los pensamientos que establece que todo juicio, para ser verdadero, necesita de una razón suficiente que justifique lo que en éste se afirma o niega con pretensión de verdad.

Del examen concreto de la resolución cuestionada, surge entonces que la fundamentación analítica del fallo en estudio, carece de la motivación que exige el ordenamiento jurídico, Art. 144 del Código Procesal Penal, dado que la derivación del razonamiento de la Cámara no está constituida por inferencias deducidas de los elementos de convicción introducidos al proceso (de las que se ha dejado constancia en el cuerpo de este pronunciamiento) es decir, no existe una estructura argumentativa que justifique las conclusiones a las que arribó el órgano de mérito, dado que la conclusión no es consecuencia de una apreciación integral de la totalidad de elementos que debieron necesariamente ser ponderados para la validez de la providencia."

NULIDAD DEL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO POR FALTA DE FUNDAMENTACIÓN INTELECTIVA

"El vicio destacado en el párrafo que antecede, resulta más que suficiente para generar como se ha dicho supra, la ineficacia del fallo, ya que en su fundamentación se omitieron consideraciones sobre elementos decisivos que, en todo caso, debieron merecer algún examen crítico por parte del tribunal de alzada, de entidad suficiente como para ser discutidos en vista pública y ponderados por un Juez de Sentencia.

En esa misma dirección, resulta evidente para este tribunal que no sólo la resolución de Cámara adolece del defecto de vulneración de las reglas de la sana crítica respecto de medios o elementos probatorios de valor decisivo, sino que también el proveído emitido por el Juzgado Segundo de Instrucción, el cual ha sido examinado por la vinculatoria del motivo planteado y la respuesta que la Cámara dio al recurso de apelación que le fue expuesto referente a la causal ahora resuelta, de cuyo ejercicio intelectivo se deriva que también dicho proveído fue omiso en hacer una valoración integral de los elementos de convicción sometidos a su conocimiento en la audiencia celebrada, a efecto de determinar la procedencia de la reapertura del proceso conforme lo regula el Art. 352 Pr. Pn.

El anterior defecto de argumentación, presente en ambas resoluciones, se afirma porque de la sucesión histórica de los eventos que eventualmente determinarían la existencia o no de la participación de la incoada, que en apariencia son complementarios, resultan palpables sendos vacíos que impiden el engranaje de los considerandos plasmados por la Cámara y el Juzgado de primera instancia, siendo insuficientes para sostener el Sobreseimiento Definitivo y su confirmación. Este defecto procesal reviste suficiente gravedad como para justificar la nulidad de ambos proveídos, por lo que se acoge el reclamo invocado.

Por ende, corresponde a esta sede de conocimiento el anular ambas resoluciones y lo que sea su consecuencia, así como ordenar la remisión tribunal de origen para que este a su vez lo envíe al Juez Segundo de Instrucción de Sonsonate, a fin de que pondere de manera integral la prueba discutida en la audiencia preliminar oportunamente celebrada y resuelva conforme a derecho corresponde. (Véase al respecto la sentencia No. 261C20151275C2015 de fecha veintiuno de diciembre del año dos mil quince)."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 137C2016, fecha de la resolución: 11/10/2016*

## FUNDAMENTACIÓN INTELECTIVA

MANIFESTACIÓN DE LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN UNA RESOLUCIÓN JURISDICCIONAL, PERMITE A LAS PARTES PROCESALES EJERCER ADECUADAMENTE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

**"1.** En lo medular, el recurrente afirma que la Cámara seccional *"no disertó"* sobre los argumentos desarrollados en el escrito de apelación, incurriendo en falta de motivación intelectiva al limitarse a reiterar la fundamentación fáctica y descriptiva del Tribunal de Sentencia, y no pronunciarse sobre los puntos esenciales alegados en alzada, referidos a las inconsistencias en la declaración de la víctima clave "Ronaldinho I", quien no identificó al imputado [...], en el reconocimiento en rueda de personas, a pesar de lo cual, aludió a que uno de los autores tenía el nombre de "[...]" y que la víctima clave "Ronaldinho II" aseveró en el contrainterrogatorio que no había visto fotografías de los imputados antes de reconocerlos personalmente, pese a que "en el proceso consta que todos y cada uno de los sujetos le fueron presentados en fotografía".

Este tribunal considera que el motivo **debe ser desestimado,** conforme a los razonamientos que se expondrán a continuación.

**2.** Inicialmente, es necesario reflexionar sobre los alcances del deber de fundamentar las resoluciones judiciales, haciendo particular referencia a la exigencia de motivación completa.

En principio, cabe indicar que el mandato legal de motivar las resoluciones judiciales no es un mero formalismo procedimental; al contrario, esta Sala ha reconocido la particular trascendencia de este deber por estar vinculado a los valores y principios fundamentales del Estado Constitucional de Derecho. Por ello, en decisiones anteriores se ha sostenido que: *"La obligación de motivar una*

*decisión judicial pertenece a una cultura jurídica comprometida* con *el control del poder para la garantía de los derechos; de modo que su inobservancia adquiere connotación constitucional, pues por una parte tiene incidencia negativa en el principio de seguridad jurídica, y por* la *otra, vulnera el derecho de defensa"* (Sentencia de casación Ref. 428-CAS2010, de fecha 24/01/2014). Y es que, al manifestar claramente las razones que justifican una resolución jurisdiccional, se posibilita a las partes procesales ejercer adecuadamente los medios de impugnación predeterminados por la ley, al mismo tiempo, se permite a cualquier ciudadano verificar que los tribunales han arribado a una decisión con estricto apego al ordenamiento jurídico y sin tomar en cuenta valoraciones ajenas al mismo."

CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FUNDAMENTACIÓN OBLIGA A LOS JUZGADORES A PLASMAR LOS RAZONAMIENTOS DE LA SENTENCIA DE FORMA CLARA, COMPLETA, EXPRESA Y LÓGICA

"En cumplimiento del deber de fundamentación, los juzgadores tienen que plasmar los razonamientos de la sentencia de forma clara, completa, expresa y lógica. En cuando a la segunda de estas exigencias, esta sede ha señalado en fallos previos: *"para que la motivación sea completa, en ella se deben reflejar las cuestiones fundamentales del caso, y a cada uno de los puntos de decisión que justifican cada conclusión. El tribunal está obligado* a *considerar todas las cuestiones esenciales que determinan su resolución"* (Sentencia de casación Ref. 198C2015, dictada el 18/01/2016).

Para el caso de los tribunales con competencia recursiva, la motivación completa implica abordar los aspectos cardinales expuestos en el memorial sometido a su conocimiento. Así lo ha afirmado esta Sala en asuntos conocidos con anterioridad, al señalar: "Los agravios que se expresan para fundamentar motivos de apelación cumplen una función delimitadora del ámbito competencia" del tribunal que lo resolverá, art.459 CPP, pero a la vez determina el contorno medular del tema de la decisión que está obligado a justificar, particularmente sobre aquellos puntos centrales de los motivos pretendidos, art.144 CPP. Este dominio es controlable en casación con arreglo al art. 478 n° 3 CPP. En ese orden, existe falta de fundamentación en la sentencia de segunda instancia cuando en sus consideraciones no se justifica la decisión adoptada sobre puntos de agravio esenciales formulados en el recurso de apelación admitido" (Sentencia de casación 120C2015, pronunciada el 19/01/2016).

Desde luego, la exigencia de motivación completa en segunda instancia no requiere que el tribunal esté obligado a explayarse en torno a cada comentario plasmado en el escrito recursivo incoado; más bien, implica que la Cámara debe realizar un ejercicio de delimitación para identificar los aspectos centrales de la pretensión impugnaticia admitida, a los que necesariamente tendrá que dar respuesta en los fundamentos de la respectiva sentencia."

CORRECTA FUNDAMENTACIÓN COMPLEMENTARIA DE LA SENTENCIA

"3. Los conceptos apuntados con anterioridad son útiles para resolver el motivo de casación admitido. Ahora bien, conviene mencionar que en alzada

el licenciado [...] alegó el vicio de la sentencia contemplado en el Art. 400 N°4 Pr. Pn., relativo a la falta o insuficiencia de la fundamentación probatoria de la providencia de primer grado. Al imponerse de las actuaciones, la Cámara proveyente delimitó de manera precisa cuál era el aspecto esencial reclamado, para lo cual, citó literalmente el contenido del escrito recursivo de apelación, sosteniendo que el punto de inconformidad planteado por el litigante consistía en afirmar que en la sentencia apelada: *"existe concretamente una falta de fundamentación probatoria intelectiva porque a pesar que hay una descripción del hecho histórico y que hay una descripción de la prueba y su contenido, no existe un verdadero análisis de la misma" (sic).*

Habiendo realizado la demarcación de la cuestión fundamental que debía abordar, la Cámara sostuvo que el yerro denunciado no concurría en la decisión de primera instancia, ya que el Juez sentenciador había analizado las pruebas producidas en vista pública de forma global, destacando los testimonios rendidos por las víctimas protegidas con clave "Ronaldinho I" y "Ronaldinho II", fueron contestes entre si y reflejaron persistencia en la incriminación, también relacionó las inferencias obtenidas de los mismos órganos de prueba con la pericia de posicionamiento global (GPS), el acta de inspección ocular, así como al reconocimiento de personas realizado por la víctima clave Ronaldinho II; al mismo tiempo, tomó en cuenta los testimonios de descargo de los declarantes [...], dejando constancia de las razones por las que estos últimos no le merecían credibilidad para probar la propuesta hipotética de la defensa que pretendía sustraer del lugar de los hechos al imputado [...].

Por lo tanto, la Cámara concluyó que "la sentencia emitida por el Juez A quo, está sostenida razonable y esencialmente con lo argumentado, es decir se observa una fundamentación en lo medular, y en base a lo cual se llegó a tener por acreditados los hechos que se les atribuyen a los imputados" (sic); a la vez, la sede de alzada consideró pertinente realizar una fundamentación complementaria, en la que se desarrollaron reflexiones adicionales sobre el valor de los elementos de la masa probatoria en relación a la participación delincuencial de los indiciados, enfatizando la identificación e individualización de los procesados en los Reconocimientos en Rueda de Personas; la persistencia de la incriminación por parte de las víctimas; así como la falta de consistencia de la prueba testimonial de descargo.

Para esta Sala resulta acertado el ejercicio de la Cámara sentenciadora al identificar el argumento central propuesto por el recurrente en consonancia con la nomenclatura del vicio invocado (falta de fundamentación intelectiva), y a partir de esta determinación, ingresar al fondo del asunto, verificando los razonamientos del juzgador de primera instancia; lo que le permitió concluir, que éste no se circunscribió a plasmar la motivación descriptiva y fáctica como lo señalaba el quejoso, sino que también, había manifestado un juicio analítico global en torno al acervo de probanzas, con base al cual razonablemente se sostenía la decisión condenatoria de primera instancia; además, el colegiado de apelación expuso ciertos argumentos auxiliares de ponderación probatoria referentes a la intervención delictiva de los procesados, haciendo uso de la facultad legal de emitir una fundamentación complementaria, a tenor del Art. 475 Pr. Pn.

Por consiguiente, decae el señalamiento del litigante, en cuanto a que el colegiado de alzada se limitó a avalar la supuesta omisión de fundamentación intelectiva del Juez de Sentencia, mediante la simple reiteración de la motivación fáctica y descriptiva del tribunal de primera instancia, ya que la Cámara incluso realizó una fundamentación intelectiva complementaria sobre el punto apelado." *Sala de lo Penal, número de referencia: 171C2016, fecha de la resolución: 25/10/2016*

## GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO

DECLARATORIA DE NULIDAD POR VULNERACIÓN DEL DERECHO A SER JUZGADO POR UN TRIBUNAL IMPARCIAL

"El reproche admitido concierne a la inobservancia de las normas legales relativas a la extinción de la acción penal, señalando concretamente que el colegiado de apelación ha infringido el Art. 31 No. 10, al no haber declarado que la acción penal se había extinguido por el perdón otorgado por la víctima [...] a favor del procesado y, por el contrario, haber confirmado la decisión del sentenciador de primer grado, en relación a que el perdón de la persona ofendida constituye una causal de extinción de la responsabilidad penal, por lo que se mantiene la declaratoria de culpabilidad por el delito de Lesiones Culposas, aunque dejando de aplicar la pena principal y las sanciones accesorias que corresponden al referido ilícito.

Con objeto de resolver el motivo en mención, este tribunal realizó una revisión exhaustiva de la presente causa, en la cual se advirtió una deficiencia insoslayable en las actuaciones del colegiado de apelación, al haber concurrido a dictar sentencia en dos ocasiones los mismos magistrados, tal como la misma Cámara la manifiesta en el oficio dirigido a esta Sala de fecha seis de octubre del año dos mil quince (fs. 35, inc. ape.), notándose que la situación antes mencionada incide negativamente en el derecho del imputado a ser juzga por un tribunal imparcial.

En consecuencia, esta Sala actuando como garante supremo de la legalidad en el orden penal, decide priorizar el análisis de la referida irregularidad sobre la consideración de la causal casacional admitida; arribándose a la conclusión que se trata de un vicio trascendente que ha irrogado un perjuicio al imputado; por lo cual, se impone **declarar la nulidad absoluta de las actuaciones realizadas** en segunda instancia y reenviar la causa a otro tribunal de alzada; todo ello, conforme a los razonamientos que se expresarán en los párrafos subsiguientes.

**2**. En lo tocante a las nulidades absolutas, éstas constituyen una sanción prevista por el ordenamiento jurídico, para privar de efecto aquellos actos que vulneran los principios procesales básicos; así también, los que se han realizado en contravención de las normas esenciales de procedimiento y aquellos efectuados con infracción de los derechos y garantías fundamentales de la persona humana.

Por su carácter de defectos insalvables, el legislador ha permitido que esta categoría de nulidades puedan ser declaradas aún de manera oficiosa y en cual-

quier estado de la causa, de acuerdo al Art. 347 Inc. 1° Pr. Pn.; permitiendo de manera excepcional que los tribunales que conocen de la etapa impugnaticia puedan apartarse de los agravios aducidos por la parte impetrante, en el supuesto que al conocer de un libelo recursivo logren identificar la existencia de una irregularidad a la que corresponde esta sanción procesal, tal como ha sido sostenido en casos conocidos con anterioridad por esta Sala (nótese en las sentencias de casación Ref. 87C2013 dictada el 03/07/2013 y Ref. 193-CAS-2012 pronunciada el 14/07/2014).

Dentro de las causales de nulidad absoluta, que han sido contempladas por el legislador, se encuentra la señalada en el Art. 346 núm. 7 Pr. Pn., que literalmente reza: *"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";* siendo uno de los supuestos comprendidos la infracción del derecho del imputado a ser juzgado por un tribunal imparcial, conforme al Art. 4 Inc. 2° Pr. Pn., en relación con los Arts. 14.1 PIDCP, 8.1 CADH, 16 y 186 Inc. 5° Cn.

Este derecho implica, esencialmente, que las partes procesales tienen la legítima expectativa de que los integrantes del órgano jurisdiccional adopten una posición de neutralidad y carezcan de interés personal o valoraciones preconcebidas en los procesos sometidos a su conocimiento; manifestándose, entre otros supuestos, en la prohibición de que un mismo juzgador intervenga en diversas etapas, instancias o grados de una misma causa. Como parte de la tutela de este derecho, el legislador ha diseñado el instituto de las excusas y recusaciones, contemplado en el Art. 67 y siguientes Pr. Pn., determinándose que al existir circunstancias objetivas y razonables que hagan suponer que el operador de justicia no actuará de manera imparcial en un determinado asunto, se abre la posibilidad de que éste sea separado del conocimiento del mismo, sea por su iniciativa propia o mediante petición de las partes.

Ahora bien, como se ha expuesto en los antecedentes de este proveído, los Magistrados [...] intervinieron en dos ocasiones en esta causa y conocieron del fondo del asunto. Así, mediante la sentencia dictada a las once horas del día diecisiete de mayo de dos mil trece admitió uno de los motivos alegados por la defensa técnica del procesado y después de analizarlo, decidieron anular la resolución de primera instancia por el vicio de "falta de fundamentación" y dispusieron que dicho pronunciamiento fuera repuesto por el mismo juez que había presidido la vista pública, situación permitida de manera excepcional por el Art. 475 Pr. Pn.

Con posterioridad, al interponerse el escrito de alzada de la defensa particular del procesado, en el que se solicitaba el control de la sentencia emitida por el reenvío ordenado, se produjo una irregularidad al volver a conocer los mismos integrantes del colegiado de apelación, en lugar de seguir el procedimiento legal de formular la correspondiente excusa, obviando lo dispuesto en el Art. 66 No. 1 Pr. Pn., en relación con el Art. 16 Cn., en los que sea establecido de manera precisa como motivo de impedimento para los funcionarios judiciales el supuesto de haber concurrido a dictar sentencia en el mismo proceso (véase en la sentencia de casación Ref. 87C2013, dictada el 03/07/2013).

En ese sentido, este sede casacional considera que ha vulnerado al imputado el derecho fundamental a ser juzgado por un tribunal imparcial, el cual se encuentra íntimamente vinculado con la garantía del debido proceso, produciendo una infracción de la misma de manera refleja, con la consiguiente afectación de la esfera jurídica del encartado; por ello, este tribunal concluye que se ha configurado la causal de nulidad absoluta prevista en el Art. 346 No. 7 Pr. Pn., la cual puede ser declarada aún de oficio en cualquier estado del proceso, tal como se advierte del Art. 347 Pr.Pn.

Ahora bien, para determinar el alcance de esta nulidad, debe establecerse que la vulneración se produjo al momento de conocer la apelación interpuesta por el licenciado [...]; en consecuencia, debe anularse el proveído emitido por la Cámara de procedencia, y reenviarse el proceso a la Cámara de la Segunda Sección de Occidente, Sonsonate, a fin de que emitida un fallo ajustado a derecho respecto del recurso de alzada interpuesto por la representación letrada del imputado [...]."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 274C2015, fecha de la resolución: 04/01/2016*

## HALLAZGO DE BUENA FE

AUSENCIA DE ILEGALIDAD EN LA ORDEN DE REGISTRO CON PREVENCIÓN DE ALLANAMIENTO ORDENADA POR EL JUEZ DE PAZ

"Previo a entrar a resolver los aspectos del segundo motivo, se tiene a bien aclarar que no obstante que el incoado ha denominado el motivo como "Inobservancia de la sana crítica con respecto a elementos probatorios de valor decisivo", y ha fundado su motivo conforme a tres puntos a saber: a) La incompetencia del Juez de Paz, b) Prueba ilícita (hallazgo de las armas) y c) Vulneración del principio de legalidad; este tribunal está facultado para interpretar la voluntad recursiva del impetrante, de conformidad al principio jura novit curia (el Juez conoce el derecho), lo que implica que el administrador de justicia debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque haya sido invocado erróneamente por las partes, con la finalidad de potenciar el acceso a la justicia; por lo tanto, se procede a hacer el análisis correspondiente.

La Sala considera que **el motivo debe ser desestimado**, conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

a) En el primer punto, sobre la incompetencia del Juez de Paz, aduce el recurrente que el tribunal de sentencia estima acreditada la realización del registro en su casa de habitación y el consecuente descubrimiento de las armas, dándole validez a dichas diligencias probatorias, en razón de estar fundamentadas por el Juez Tercero de Paz de esta ciudad; pretendiendo el solicitante, que se valoren aspectos relacionados con la orden de registro con prevención de allanamiento, por violación del principio de legalidad, al haber autorizado un acto, sin tener la competencia funcional para ello, *"... lo que precede (sic) es declarar la nulidad de la Orden de Registro con Prevención de Allanamiento dictada por el Juez Ter-*

*cero de Paz de San Salvador, y como consecuencia lógica la exclusión del arma de guerra obtenida a consecuencia de un registro ilegal...".* (sic).

Bajo esa circunstancia, manifiesta que el registro debió solicitarse a un juzgado con competencia en el área civil, ya que la materia tributaria es exclusiva del Juez de lo Civil; y por ser taxativa no puede ser delegada a otra autoridad judicial, por encontrarse delimitada por el legislador la competencia en razón de la materia, para cada tipo de actos. Tampoco fue considerado como un acto urgente, que excepcionalmente genera competencia al Juez de Paz, por lo tanto, no debió solicitarse en Sede de Paz; y por haber sido autorizado por un Juez no competente, conlleva la violación de morada, tomando en consideración la ilegalidad del acto, por la autoridad que lo emitió."

VALORACIÓN CONFORME A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA EN EL HALLAZGO FORTUITO DE ARMAS Y SU CONSECUENCIA COMO FUENTE DE PRUEBA

"Sobre el particular, se advierte que en la sentencia pronunciada por esta Sala, a las […], del análisis efectuado al proceso, se determinó que el tribunal sentenciador inobservó la excepción a la regla de exclusión probatoria regulada en el Art. 15 inc. 2° Pr.Pn. Aún en el supuesto de que resultara posteriormente inválida la orden judicial precautoria, el citado precepto manda la valoración conforme a la sana crítica cuando "los elementos de prueba hayan sido obtenidos de buena fe", situación que se confirma con las pruebas aportadas, en las que se aprecia que la policía practicó el registro, bajo la creencia que actuaban amparados por una autorización judicial válida, sin que concurran otros elementos objetivos que determinen lo contrario, puesto que el alegado error judicial que subyacía en la orden, tenía un carácter intrínseco que no estaba razonablemente al alcance de los agentes de policía, para conocerlo o verificar la corrección legal de la misma.

Agrega el pronunciamiento, que la autorización presentaba los signos externos de validez, proveída por autoridad judicial, motivada, al haberse analizado la existencia de elementos objetivos que sustentaban la "probabilidad" de estarse cometiendo un delito contra la Hacienda Pública, por lo que era razonable inferir que en el acto investigativo en comento, los agentes de policía obraron creyendo que lo hacían lícitamente, de modo que el fortuito hallazgo de las armas, y sus consecuencias como fuente de prueba, debían valorarse con arreglo a las reglas de la sana crítica, en conjunto con la prueba testimonial y documental incorporada al juicio, en la que se expresa que en el registro estuvo presente el abogado del imputado.

Al referirse el proveído impugnado a la orden de registro emitida por el Juez Tercero de Paz de San Salvador, se consigna: *"... la cual resulta ser legal y por consecuencia le da legitimidad al procedimiento policial mediante el cual fueron incautadas las armas de guerra de cuya tenencia se ha determinado responsable al acusado, en tanto que a consideración de los suscritos el procedimiento fue realizado mediando la buena fe y el hallazgo de las armas se enmarca dentro de los parámetros de lo inevitable, estimando por ello el Tribunal que dicho documento es susceptible de valor probatorio y ha sido de básica utilidad*

*probatoria para fundamentar la decisión de responsabilidad penal que ahora se pronuncia...".* (sic).

De lo antepuesto, considera esta Sala que la decisión del tribunal de sentencia se encuentra en legal forma; ya que, efectivamente, el hallazgo de las armas se dio en el marco de una actuación de buena fe, dado que tal como se acreditó, los agentes efectuaron el registro con la finalidad de verificar la existencia de documentación y registros contables, en relación a los impuestos a la transferencia de bienes muebles y prestación de servicios y del impuesto sobre la renta, en virtud que en su momento no se había prestado la colaboración a los auditores del Ministerio de Hacienda, siendo por consiguiente, fortuito el referido hallazgo de las armas; en consecuencia, se desechará la pretensión del imputado.

b) En lo referente al segundo punto, respecto a la prueba ilícita, afirma el recurrente, que se debe valorar desde dos ópticas: la primera, relacionada al simple hallazgo del arma, en un registro que no cumplió con los parámetros de legalidad, y la segunda, por ser el objeto material el elemento probatorio la base de su condena. Hace alusión al hallazgo y vinculación del arma de guerra con el registro y allanamiento, mencionando que dicho registro, al no haber sido ordenado por un Juez competente en la materia, carece de los requisitos de legalidad, como se expuso en el apartado anterior.

De manera que, sostiene, al haberse realizado el registro contraviniendo aspectos legales, se torna ilegal, y por lo tanto, la obtención de cualquier elemento obtenido a consecuencia del mismo, también surte los efectos que el acto inicial, por lo tanto, la obtención de los objetos incautados se vuelve ilegal.

c) Como tercer punto, señala la vulneración del principio de legalidad, al manifestar el imputado que en este caso no se puede hablar de buena fe, ni hallazgo inevitable, por la ilicitud del acto que generó su obtención, por lo que al no existir ninguna de las tres excepciones, conlleva a la exclusión del elemento probatorio, por devenir de un acto ilícito. Se ha violentado el referido principio, dada la prevalencia de la ley sobre cualquier actividad o función del poder público, pues dicho principio implica la supremacía de la Constitución y de la ley como expresión de la voluntad general, frente a los poderes públicos.

Luego de advertir que los fundamentos de los puntos b) y c) convergen en la violación al principio de legalidad, resulta conveniente emitir una sola respuesta para ambos.

En el proveído impugnado consta que el procedimiento efectuado por los agentes es legítimo, por cuanto, la cuestionada orden de registro es legal y por haber sido realizado mediando la buena fe, es decir, que a su criterio dicha orden es susceptible de valor probatorio."

AUSENCIA DE VULNERACIÓN EN EL PROCESO AL CONSTAR LA BUENA FE Y HALLAZGO INEVITABLE DE PRUEBA EN LA INVESTIGACIÓN

"Debe hacerse ver, que si bien es cierto en algunos casos el hallazgo fortuito de objetos de tenencia ilícita puede generar el procesamiento de la persona o personas que habiten el lugar en el cual se encuentran depositados, ello debe darse en el marco de una situación totalmente imprevista por parte de los agen-

tes policiales que lleven a cabo el procedimiento policial en que se da dicho hallazgo, más en el presente caso es obvio que cuando los agentes encuentran las armas, ya existía una persona que estaba siendo investigada, y era contra ésta en particular que estaba dirigida, de ahí que lo lógico es pensar que era el poseedor de ellas, y por ende, la única persona responsable de las mismas.

El principio de legalidad rige a los tribunales jurisdiccionales, por lo que toda actuación de estos ha de presentarse necesariamente como ejercicio de una potestad atribuida previamente por la ley, la que los construye y delimita. Lo anterior significa que los tribunales deben someterse a lo que la ley establece. Sin embargo, este sometimiento implica que deben actuar de conformidad a todo el ordenamiento jurídico —incluyendo la Constitución- y no solo en atención a las normas que regulan una actuación en específico, tal como lo establece el Art. 172 Inc. 3° Cn.

En el proceso rige el principio de legalidad de los actos procesales, que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la legalidad supone respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que lógicamente comprende a la Constitución. Al respecto, esta Sala no desconoce que, la sustanciación de todo el proceso penal exige como presupuesto de legalidad el estricto cumplimiento a los derechos fundamentales y garantías individuales que operan a favor de cualquier ciudadano sometido al ius puniendi del Estado ejercido por parte de los jueces; por lo que todo elemento de prueba obtenido con vulneración de tales derechos y garantías, en principio debe ser excluido de la valoración probatoria, salvo las excepciones del Art. 15 Inc. 2° Pr.Pn., esto es, que haya sido obtenida de buena fe, por hallazgo inevitable o la existencia de una fuente independiente.

El precepto citado, establece la exclusión probatoria para aquellos actos originados en un procedimiento o medio ilícito, privándolos de toda valoración por parte de los juzgadores; establecidas, a su vez, las salvedades o excepciones relacionadas, las cuales, a la luz de la sana crítica, si pueden apreciarse aunque su incorporación pueda tildarse de ilícita.

Las excepciones a la regla general de exclusión comprenden la buena fe, el hallazgo inevitable o la existencia de una fuente independiente como circunstancias en las que puede ampararse una convalidación de la prueba obtenida con infracción de garantías. La buena fe implica una actuación humana incorrecta, pero en el intelecto de quien ejerce la acción existe la creencia que lo que realiza está permitido por la ley; el hallazgo inevitable, conlleva encontrar evidencias pertenecientes a un ilícito sin vinculación con lo investigado inicialmente; y, la existencia de una fuente independiente establece que no puede valorarse el elemento de prueba obtenido con violación de la Constitución, pero sí otros sin conexión con aquél, recabados durante la investigación y anteriores a la violación constitucional.

En esta tesitura, esta Sala expresa su acuerdo con los argumentos del A-quo, por cuanto hizo referencia a las circunstancias en las que se realizó el registro y el hallazgo de las armas, lo que a su criterio constituyen aspectos excepcionales a los que se ha hecho referencia en el párrafo que antecede, por lo que no estamos ante un caso que origine la vulneración de los mecanismos de garantía constitucional dentro de un procedimiento penal, pues la investigación

revela la buena fe y el hallazgo inevitable como circunstancias valorables para desacreditar la existencia material de la infracción que nos ocupa; por consiguiente, los puntos b) y c) de este motivo son desestimados."

CORRECTA VALORACIÓN DE LA RATIFICACIÓN DEL SECUESTRO YA QUE NO EXISTEN EFECTOS QUE VINCULAN EL INCUMPLIMIENTO DE TÉRMINOS PARA SU REALIZACIÓN

"En el tercer motivo, se invoca la falta de fundamentación intelectiva referida a las deducciones del tribunal sentenciador a partir de la no valoración adecuada de las pruebas (insuficiente fundamentación).

No obstante la enunciación del motivo, el imputado invoca tres puntos, a saber: a) Exclusión de prueba por la no ratificación del secuestro de las armas incautadas en el plazo de ley, b) No se incorporó como prueba material, ni se tuvieron a la vista dos granadas, ni el arma vinculada al delito, porque se destruyeron accidentalmente y el fusil fue recibido sin embalaje, y c) El tribunal valora el dicho de la testigo de descargo […], determinando su credibilidad, sin embargo, no fue apreciado el aporte sustancial sobre el arma de fuego, uniforme militar y otros objetos encontrados.

La Sala considera que **el motivo debe ser desestimado**, conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

Es pertinente advertir, que el primer punto antes relacionado, involucra un mismo aspecto con el primer motivo del recurso de la defensa técnica, esto es, que la sentencia se basa en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio, razón por la que se analizarán conjuntamente en este apartado; los demás puntos de este tercer motivo se resolverán posteriormente en forma separada.

a) En el primer punto de este motivo, el incoado manifiesta que sus abogados defensores solicitaron, vía incidental durante la vista pública, la exclusión de prueba sobre la ratificación del secuestro de las armas incautadas, debido a que ya habían transcurrido tres años después de realizado el registro; similar circunstancia ha formulado como primer motivo la defensa técnica.

Se relaciona en el libelo, que la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, conoció en alzada del sobreseimiento definitivo dictado por el Juzgado Tercero de Instrucción de Santa Ana, a las […], en base a las resoluciones dictadas, tanto por el Juzgado Tercero de Paz de esta ciudad, en la que anuló su decisión en la que autorizó el registro con prevención de allanamiento en la vivienda del imputado; nulidad que fue confirmada por la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, la que por conexión anulaba el secuestro practicado en la vivienda del incoado.

La Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, revocó el sobreseimiento definitivo, y ordenó al tribunal instructor que ratificara el secuestro. El Juzgado Tercero de Instrucción, en cumplimiento de lo ordenado, ratificó el secuestro de las armas de guerra, granadas, municiones e implementos militares, mediante auto de las […], habiendo transcurrido a esa fecha, tres años con cinco meses y veintiséis días de haber sido incautadas.

El Tribunal de Sentencia de Ahuachapán, respecto a dicho incidente, sostuvo que no era procedente excluir del elenco probatorio la ratificación del secuestro, en virtud que el Art. 180 Pr.Pn. no establece sanción alguna si este no es ratificado dentro de las cuarenta y ocho horas de haberse incautado la evidencia, agregando también que los Arts. 162 Inc. 3° y 15 Inc. final Pr.Pn., facultan al juzgador para que valore como indicio cualquier medio de prueba cuyo vicio consista en la incorporación al proceso sin las formalidades de ley, supuesto en el que se enmarca la situación alegada.

El anterior criterio es compartido por esta Sala, puesto que el lapso fijado para ratificar el secuestro ciertamente pertenece a la categoría de plazos ordenatorios, por ende, no reviste el carácter de perentorio como erróneamente lo han entendido los impugnantes; sin embargo, más allá de esta distinción, es importante acotar que el legislador no ha establecido efectos vinculados al incumplimiento del término en cuestión, por lo que no le es dable al intérprete de la norma —llámese Sala o Tribunal de Instancia- -atribuir a su incumplimiento consecuencias jurídicas no previstas expresamente.

Para esta Sede, es la afectación a un derecho fundamental lo que torna ilícito un secuestro y por consiguiente, es nulo cualquier acto de investigación o elemento probatorio derivado de éste, caso en el que es imperativa su exclusión; pese a ello, este supuesto no es aplicable a la situación estudiada, tal como ya se analizó, razón por la cual corresponde rechazar la pretensión invocada en ambos recursos."

AUSENCIA DE VULNERACIÓN A LA CADENA DE CUSTODIA

"b) En el segundo punto aduce el imputado que en la vista pública se alegó como incidente, que no se había incorporado como prueba material ni se tuvieron a la vista, las dos granadas, y el arma, vinculadas al delito que se le atribuye, en razón a que, de acuerdo al informe de Logística de la Central de Almacenes de la Fuerza Armada, consta que estas se destruyeron accidentalmente y que, además, el fusil fue recibido sin embalaje.

Para la comprobación de la infracción denunciada, el recurrente destaca que genera duda lo establecido en la experticia realizada en dos granadas y en relación al fusil, en cuanto a que este sea el mismo que fue incautado en su momento, por la falta del embalaje.

Consignan los juzgadores, al resolver el incidente en mención, que la destrucción accidental de las granadas debido a un incendio, así como el haber recibido el fusil sin embalaje, no significa una vulneración a la cadena de custodia, estimando imperativo establecer que ciertamente debe garantizarse la cadena de custodia de toda evidencia incautada a efecto de asegurar que la que se exhibe en juicio *"... -si eso hubiese ocurrido- o en todo caso la que es sometida a análisis, sea la misma que se incautó en el procedimiento respectivo...*". (sic); no obstante, esa circunstancia no se vulnera simplemente con embalar o no embalar una evidencia determinada, dado que sobre ese extremo tiene incidencia la naturaleza del objeto incautado y el propósito que se persigue en su análisis; tal

como ocurre en el caso de autos, si lo que se pretendía determinar era el número de serie y otras características similares, las cuales se consignaron en el acta de detención, y permitieron individualizar las evidencias incautadas.

De ahí que el informe al que hizo alusión la defensa técnica —refieren los juzgadores- establece que dicha evidencia —fusil- proviene del área de recepción de evidencias de la División de Policía Técnica y Científica, por lo que el hecho que no se haya embalado la evidencia mientras circuló entre las distintas dependencias de la referida división, no significa que se haya vulnerado la cadena de custodia y mucho menos que, a consecuencia de ello, se tengan dudas respecto a que dicho fusil sea el mismo que se incautó en la escena del delito, por lo que declaró sin lugar la solicitud de la defensa técnica en este punto.

En cuanto a las granadas incautadas, los sentenciadores adicionan en su proveído que la accidental destrucción de una evidencia ex post análisis, como ocurrió en el presente caso respecto del primer artefacto explosivo de […]; y el segundo de iluminación calibre […]; sin número de lote y cincuenta cartuchos calibre […] no implica vulneración a la cadena de custodia, ni la inexistencia del delito.

Al respecto esta Sala, al examinar el proveído de Primera Instancia, comparte los razonamientos del sentenciador, pues, tal como lo afirma el mismo solicitante, corre agregado al proceso el informe de logística de la Central de Almacenes de la Fuerza Armada, en el que consta que las granadas se destruyeron accidentalmente; asimismo, en cuanto a haber recibido el fusil sin embalaje, ambos aspectos no determinan una vulneración a la cadena de custodia, como ha quedado establecido, en vista de lo cual se concluye que no le asiste la razón al imputado, ya que tales supuestos no afectan el derecho de defensa de este, por cuanto hay prueba documental que acredita la existencia, en ese momento, de las mismas como lo es: […]

Lo anterior se encuentra amparado por los testimonios vertidos en la vista pública, por los agentes […] perito en funcionamiento de armas de fuego del Departamento de Balística de la División de Armas y Explosivos de la Policía Nacional Civil, quien realizó las experticias correspondientes.

Por consiguiente, no se ha violentado la cadena de custodia, al haberse establecido que efectivamente se trata de armas de guerra y que estas se encuentran con la capacidad potencial de afectar el bien jurídico protegido, como es la Paz Pública, pues el imputado tenía en su poder las antes relacionadas armas, sin estar legalmente autorizado para ello; por lo tanto, se ha logrado determinar la conducta típica que determina el tipo penal perseguido, quedando desestimado lo invocado por el recurrente.

En ese orden, la Sala encuentra que no se ha materializado la infracción denunciada, ni ha existido agravio alguno susceptible de afectar sus derechos, garantías procesales u oportunidades de ejercer las acciones previstas en la ley; razón por la cual, deberá declararse no ha lugar a casar la sentencia de mérito en atención a dicha infracción."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 12-CAS-2015, fecha de la resolución: 07/09/2016*

## HOMICIDIO AGRAVADO

CORRECTO ESTABLECIMIENTO DE LA INTENCIONALIDAD DE LA ACCIÓN DE MATAR

"1. A efecto de resolver de manera adecuada las pretensiones recursivas, es relevante mencionar que los tres motivos admitidos a los impetrantes tienen vinculación con la calificación jurídica de los hechos probados; así, el primer motivo admitido a los licenciados [...] se relaciona con la inobservancia de la excluyente de responsabilidad penal por grave perturbación de la conciencia, aspecto que recae sobre la categoría de la culpabilidad; mientras que el segundo motivo de los referidos impetrantes corresponde a la categoría de la tipicidad, al señalar que se ha vulnerado la prohibición de responsabilidad objetiva, por encuadrarse la conducta acreditada como dolosa, cuando debió haberse calificado como culposa. Por otra parte, el único reclamo admitido a la licenciada [...], también es relativo a la tipicidad, ya que esencialmente, refiere que la víctima era un ser humano que no estaba en condiciones de realizar una vida independiente del claustro materno, puesto que el período de gestación estaba incompleto, de ahí que los hechos debieron subsumirse en el Art. 133 Pn., que regula el tipo penal de Aborto Consentido.

Al respecto, considera esta Sala que el juicio de culpabilidad solamente se formula una vez se ha agotado el análisis de las categorías de acción, tipicidad y antijuricidad. Por lo tanto, atendiendo a este orden lógico, se dará prioridad a responder los dos reclamos admitidos que recaen sobre la configuración del tipo penal, para concluir con la resolución del motivo vinculado a la culpabilidad.

2. Habiendo efectuado la anterior precisión, se ingresa al motivo de casación planteado por los licenciados [...], denominado como: *"Errónea Aplicación de los artículos 4* y 132 Inc. 1° C.PN.". En lo medular de sus argumentos, los recurrentes señalan que la sentencia pronunciada por la Cámara confirmó que la imputada había actuado con dolo, pese a que este elemento subjetivo no concurría en el presente caso, ya que a su entender, la conducta acreditada a la procesada es congruente con una acción culposa, la que tiene un menor desvalor jurídico.

Previo a resolver el motivo invocado, es conveniente conceptualizar el dolo y la culpa. Al respecto, el dolo ha sido entendido como *"la voluntad de realizar el hecho descrito en el correspondiente tipo. Y puesto que toda voluntad supone un previo conocimiento será necesario que el agente se haya representado los elementos integrantes del correspondiente hecho* típico" (CÓRDOBA RODA, J., *et al., Comentarios al Código Penal. Parte General,* Editorial Marcial Pons, primera edición, Madrid, 2011, P. 79). Por su parte, la culpa se refiere a aquellos supuestos donde el individuo procede con descuido, imprudencia o negligencia, generando afectación a bienes jurídicos ajenos *(Cfr.* Sentencia de casación Ref. 94C2015, dictada el 10/08/2015).

En relación con las definiciones previamente citadas, es fácil vislumbrar que uno de los aspectos problemáticos del juicio de adecuación típica es determinar la concurrencia de uno de estos elementos subjetivos; dado que el juzgador no puede ingresar al fuero interno de cada individuo, por lo cual, con mucha

frecuencia ha de acudirse al razonamiento por indicios, desde una visión global *(Cfr.* Sentencia de casación Ref. 129C2015, pronunciada el 21/09/2015).

Al analizar los argumentos que sustentan el reclamo formulado, esta Sala advierte que los peticionarios hacen referencia a las circunstancias en que el hecho se produce, verbigracia, que la muerte del recién nacido ocurrió en un centro comercial, siendo un lugar público donde resulta difícil ocultar un hecho como el que se atribuye a la señora [...], dejando entrever que si se busca realizar una conducta de esta índole podría haberse hecho en un sitio privado donde sería fácil ocultar el hecho. Por otra parte, los quejosos transcriben extractos de los considerandos 10, 11 y 14 del proveído, aludiendo a las consideraciones de la Cámara en relación a la prohibición de responsabilidad objetiva, la que impide sancionar una conducta humana en la que no concurra dolo o culpa.

Adicionalmente, obviando el hecho tenido por probado, los gestionantes proponen una serie de estimaciones en relación al dictamen de autopsia, basándose en que si bien no se encontraron lesiones superficiales en la región craneal, si existían lesiones internas en dicha región, y que por tal razón, resulta evidente que el bebé se golpeó la cabeza en la taza del inodoro al ser expulsado del claustro materno, tal como lo señala la imputada en su declaración indagatoria rendida de Fs. 444 al 449 de la pieza N° 3 del proceso. La anterior acotación, pretenden reforzarla con el hecho que ninguno de los testigos de cargo acotó que le consta de vistas y oídas que el recién nacido al ser expulsado en el momento del alumbramiento se haya golpeado en los términos indicados previamente.

Ahora bien, al revisar los fundamentos desarrollados por el tribunal de apelación, es manifiesto que éste tuvo por desvirtuados los puntos alegados por los impetrantes en torno a la eventual actuación imprudente de la procesada, para lo cual, examinó el hecho probado por el tribunal de primera instancia y adicionalmente revisó con detenimiento los indicios obtenidos de la pruebas científicas practicadas al cadáver del recién nacido y de los testimonios de las personas que se encontraban en los baños del centro comercial al momento de acontecer el hecho. Este esfuerzo adicional de motivación desarrollado por la Cámara, permitió determinar que existía una secuencia de elementos concatenados y no anfibológicos que indicaban una actuación con dolo, tal como se observa en los fundamentos jurídicos número 40 a 47 y 108 a 125 de la resolución objetada.

En particular, la Cámara proveyente destacó que la necropsia estableció como causa de muerte del recién nacido, la asfixia por sofocación relacionada con la obstrucción de las vías respiratorias con papel higiénico compactado; que la colocación de ese cuerpo extraño debió ser realizada por otra persona; y que según la prueba testimonial, el recién nacido se encontraba junto con su madre en el lugar del hecho y sin estar presente ninguna otra persona en el cubículo del servicio sanitario; de manera que *"sólo ella y nadie más ha podido colocarle tal objeto extraño"* y que desde la experiencia común, es sabido que colocar un cuerpo extraño a un recién nacido en el orificio bucal es un acto directo para provocarle la muerte por obstrucción (Fundamentos jurídicos número 46 y 47).

Además, el tribunal de alzada destacó que la prueba científica no refleja ninguna lesión superficial en la región craneal del recién nacido, y que tampoco existe otro elemento probatorio que fortalezca la versión mencionada en la decla-

ración indagatoria de la procesada en cuanto a que la víctima murió al caer en la tasa del inodoro en el momento del alumbramiento, lo que conduce a desestimar esta hipótesis alternativa de la defensa. Por lo tanto, concluyó que los indicios derivados de la masa probatoria conducían razonablemente a determinar una actuación con dolo y no con culpa.

Para esta sede, las razones antes mencionadas son precisas y coherentes en este extremo, al haber considerado el hecho acreditado en primera instancia y realiza una motivación amplia y clara en torno a describir las inferencias lógicas que llevaron a construir dicha conclusión fáctica. En ese sentido, no se puede acceder a la pretensión de los solicitantes, en virtud de que el aspecto reclamado no fue desvirtuado por los mismos ante el tribunal de instancia; consecuentemente, el elemento subjetivo del delito que se traduce en la intencionalidad de la acción de matar al recién nacido ha sido establecido de manera suficiente; de ahí que el motivo no es de recibo.

Lo antes apuntado, no obsta para apreciar la eventual afectación de las capacidades de comprensión y autocontrol de la procesada, de acuerdo al contexto en el que ha ocurrido el hecho, esto es, de manera inmediata a un evento traumático como lo es el parto precipitado. Este extremo será abordado en el fundamento jurídico número cuatro y siguientes de la presente resolución."

CONSIDERACIONES SOBRE EL ABORTO Y EL HOMICIDIO

**"3**. Por otra parte, la licenciada [...] argumenta como motivo de casación la "Errónea aplicación de un precepto legal *específicamente del Art. 129 numeral 1* del Código *Penal".*

Sostiene la impugnante, que al haberse emitido una condena por el delito de Homicidio Agravado en un recién nacido, tratándolo como un ser humano con vida independiente, no se ha tipificado adecuadamente la conducta, porque el sujeto pasivo aún era un ser humano en formación, por no haberse completado el embarazo en su totalidad, razón por la que considera que la única imputación posible en juicio era la de Aborto, tipificado en el Art. 133 Pn.

En relación al anterior argumento, la Sala se percata que la impetrante no relaciona en su recurso de casación, que la Cámara proveyente hizo consideraciones puntuales sobre la razón que la condujo a estimar, que el delito cometido era Homicidio Agravado, debido a que la víctima era un ser humano que tenía la viabilidad para sobrevivir fuera del claustro materno.

En tal sentido, esta sede al remitirse al proveído impugnado observa que la Cámara en el considerando 93 de la página 67 de su sentencia, se refirió al estudio histopatológico de cadáver de recién nacido, en el cual se relacionó lo siguiente: *"Pulmón: Distención alveolar generalizada* por *presencia de aire; áreas* con *hemorragia intersticial y liquido* de edema intra alveolar...".

Adviértase de lo anterior, que tal como refiere el tribunal de alzada, los pulmones del recién nacido experimentaron una distención producto del ingreso de aire, lo cual solo puede ser compatible con haber nacido vivo, circunstancia que a su vez fue corroborada con el dictamen de autopsia, pues, el recién nacido en mención se encontraba habilitado para respirar.

A lo largo de su libelo, la parte defensora pretende que esta Sala efectué un nuevo juicio de tipificación distinto al realizado en las diferentes sedes judiciales, centrando su alegato en que el período de embarazo o de gestación estaba incompleto y que por tal razón no podría ser considerado el hecho imputado como Homicidio Agravado sino Aborto. La anterior tesis presenta un error en su derivación, ya que aporta a esta Sala una visión fraccionada de los hechos, en la que no se considera una serie de elementos de prueba que fueron relacionados y analizados en la decisión objetada, los cuales tuvieron valor esencial para el tribunal de segunda instancia, para mantener la tipificación de la conducta realizada por la imputada.

Obsérvese que el argumento de la gestionante estriba en el hecho que el producto de la concepción no había finalizado, pero no toma en cuenta que las distintas probanzas que fueron valoradas dentro del proceso, aportaron a la Cámara seccional, suficientes elementos que acreditaban que el recién nacido tenía viabilidad, pues, la prueba científica a la que hicieron alusión los Magistrados proveyentes, les permitió colegir que la víctima era un ser humano con vida independiente.

Es oportuno recordar a la peticionaria que el ordenamiento jurídico salvadoreño reconoce que la vida humana es merecedora de tutela estatal desde el momento de la concepción; por ello, la ley penal sustantiva ha previsto un conjunto de tipos penales relativos al Aborto, que han sido desarrollados en los Arts. 133 a 137 Pn., y cuyo objeto es proteger la vida del ser humano en formación, al que también se le designa en la doctrina como "vida humana dependiente"; asimismo, en los Arts. 128 a 132 Pn., se ha previsto otro conjunto de tipos penales cuyo ámbito de protección es la "vida humana independiente" y que abarca el delito básico de Homicidio Simple y los tipos cualificados que se derivan de éste.

En ese sentido, adquiere relevancia distinguir los momentos en que el producto es considerado como sujeto con vida humana dependiente y posteriormente cuando éste adquiere la dimensión de autonomía. Al respecto, la Sala de lo Constitucional ha sostenido en torno a la conceptualización de Aborto: *"La significación social de lo que debe entenderse por aborto no reporta dificultad alguna. En efecto, es la interrupción voluntaria del embarazo que ocasiona la muerte del fruto de la concepción; o si se desea definir de diferente forma, es la destrucción de la vida pre-natal"* (Auto de improcedencia de inconstitucionalidad Ref. Inc. 1702013, de fecha 23/04/2014).

A su vez, la doctrina esclarece las manifestaciones que puede tomar esta tipología delictiva, al señalar: *"el aborto se define como la destrucción de la vida del nasciturus* [no nacido], *bien en el interior del claustro materno, bien provocando su expulsión prematura"* (Cfr. RAMÓN RIBAS, E., "Entre el aborto y el homicidio. Imprudencia e imputación objetiva en los delitos de resultado", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade* da *Coruña,* ISSN 1138-039X, La Coruña, N° 5, 2001, P. 972). Por tanto, se incluye bajo este concepto aquellos supuestos en los que intencionalmente se genera la expulsión del producto de la gestación cuando todavía es inviable, es decir, cuando resulta imposible que el mismo subsista fuera del claustro materno. Cabe aclarar que de acuerdo a estudios médicos, el producto no puede sobrevivir fuera del útero antes de las

veintidós semanas de gestación, y cuenta con una probabilidad de sobrevivencia muy limitada cuando la separación ocurre entre la semana veintitrés y la semana veintiséis de la gestación, particularmente en países latinoamericanos en los que no existe amplio acceso a tecnología de soporte vital para neonatos *(Cfr* HÜBNER, M. E., y RAMÍREZ, R., "Sobrevida, viabilidad y pronóstico del prematuro", en *Revista médica de Chile,* Santiago, 2002, N° 130, Vol. 8, P. 931-938).

En sentido contrario, cabe inferir que el Homicidio implica la destrucción de la vida de un ser humano que ha nacido, esto es, que se ha separado por completo de la madre, a lo que se añade la exigencia que éste haya *superado el umbral de viabilidad antes mencionado. Ahondando en este criterio de distinción entre Homicidio y Aborto, se afirma según consideraciones doctrinarias que este tribunal comparte:* "el comienzo del nacimiento se produce en el preciso momento en que comienza el proceso de expulsión de la criatura del seno *materno, configurando este* instante el límite mínimo *en que tiene inicio* la vida humana *independiente,* mientras *que el* límite superior queda *fijado en el* momento *de* la separación *total* del cuerpo de la madre, con independencia de cualquier otra exigencia ulterior, por ejemplo, que se produzca el corte del cordón umbilical o de que se constaten otros signos vitales. Es recién a partir de este momento en que el ser humano tiene vida independiente, con total autonomía respecto de su madre. Por lo tanto, dicho momento marca *con* mayor nitidez la *línea* divisoria *entre el* aborto *y el homicidio" (BUOMPADRE, J. E., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2012, P. 22).*

Ahora bien, en el asunto en discusión, la acción típica atribuida a la inculpada fue la de extinguir la vida de una persona humana en su dimensión de autonomía, lo que corresponde al verbo rector "matar", ya que la acusación en todo momento sostuvo que la víctima ya se había separado por completo del claustro materno al momento de producirse la destrucción de su vida. Además, conforme al mismo alegato de la parte impetrante, el producto había superado con creces el umbral de viabilidad, al encontrarse en la trigésima sexta semana de gestación al ocurrir el parto precipitado y así se estableció en los hechos probados en primera instancia, en los que consta que se trataba de un *"recién nacido a término",* acorde a las conclusiones de la prueba pericial.

De acuerdo a lo sostenido en la resolución de alzada, se ha dado por acreditado que el neonato presentaba en su cavidad bucal u oral una determinada cantidad de papel higiénico tal como consta en la sentencia a página 68, en la que se relaciona lo siguiente: *"...el infante ha vivido, ha respirado y ha muerto como* consecuencia *de un acto de sofocación al serle introducido en la cavidad bucal papel higiénico comprimido,* ello determina *una* muerte *violencia* con carácter *Homicida"* (sic).

En el caso particular, el tribunal de alzada tuvo por establecido en el considerando N° 127, página 82 de su resolución *"...que después del parto de su hijo la imputada [...] procedió a causarle la muerte asfixiándolo mediante el acto de introducir en su boca papel higiénico compacto, lo cual debido al estado de recién nacido del niño le impidió seguir respirando, provocándole la asfixia por sofocación que le causó la muerte..."* (sic).

Finalmente, como respaldo de la conclusión judicial a la que arribó la Cámara, se advierte que ésta relacionó las distintas pruebas técnicas e histológicas que le permitieron confirmar la tipificación del hecho atribuido a la encartada, habiéndose establecido que en el *sub judice* no concurre el defecto invocado por la gestionante, ya que el colegiado de alzada plasmó de manera extensa en su proveído, lo referente a la adecuación típica de la conducta como Homicidio Agravado y no como Aborto."

CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE LA VULNERACIÓN LEGAL DIRECTA E INDIRECTA

"4. En torno al motivo designado como: *"Inobservancia del Art. 27 Inc. 1° N° 4 Pn.",* que corresponde al libelo recursivo de los abogados [...], es importante destacar que los gestionantes lo han identificado como un supuesto de inobservancia de la ley penal, es decir, como un vicio de fondo, tipología en la que rige el principio de intangibilidad de los hechos probados. Pese a ello, los argumentos expuestos se orientan a demostrar que la Cámara sentenciadora no consideró elementos relevantes de la prueba pericial psicológica y psiquiátrica, de los que se extraía inequívocamente que la procesada se encontraba afectada por el evento traumático del parto precipitado y no tenía capacidad de discernir lo ilícito de su actuar, por lo que era procedente conforme a derecho, aplicar la excluyente de responsabilidad penal o causal de inimputabilidad referida a la *"grave perturbación de la conciencia".*

Este tribunal considera que este señalamiento puede ser reconducido al yerro denominado doctrinariamente como "violación indirecta de la ley sustantiva", que consiste en un proceso de construcción equívoca del razonamiento judicial, y que incluye entre otros supuestos, al error lógico en la valoración probatoria, siempre que éste haya tenido el efecto reflejo de provocar una incorrecta subsunción de los hechos en el marco jurídico.

Para conocer el alcance de este defecto, es oportuno citar consideraciones doctrinarias que esta sede comparte y que refieren: *"La vulneración legal puede ser directa o indirecta. Es directa, cuando no existe error de índole probatorio. Los hechos están correctamente seleccionados y enunciados en el fallo,* pero *el Tribunal se equivoca en su calificación jurídica* o *interpreta mal la ley sustantiva. Es indirecta cuando se produce a través de yerros cometidos al apreciar las pruebas"* (RIVAS LOÁICIGA, L., "Causales de fondo del recurso de casación civil", en *Revista de Ciencias Jurídicas,* N° 109, San José de Costa Rica, enero-abril 2006, P. 127, subrayado suplido). A guisa de ejemplo, esta tipología de defecto puede configurarse debido a un error de motivación analítica, verbigracia, la infracción del principio de derivación, cuando ésta haya conducido a apreciar u obviar un elemento configurador del tipo penal, es decir, cuando conlleve la determinación de una calificación jurídica errónea (En torno al abordaje de esta clase de vicios, véanse las sentencias de casación Ref. 54-CAS-2014, de fecha 13/02/2015 y Ref. 25-CAS-2015, de fecha 13/01/2016)."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 419C2015, fecha de la resolución: 13/09/2016*

## HURTO AGRAVADO

TIPO PENAL NO REQUIERE LA COMPROBACIÓN DE LA PROPIEDAD DE LAS COSAS HURTADAS

"Ahora bien, en cuanto a la necesidad de que las víctimas y los policías comparecieran al juicio a acreditar la autenticidad del contenido de las declaraciones juradas y del acta de inspección extrajudicial impugnadas, debe explicarse que aun cuando debe reconocerse la conveniencia e importancia de que -para efectos de credibilidad- esta clase de documentación sea corroborada a la hora del juicio por sus autores, cuando esta ratificación no sea posible, tal situación no la convierte per se en ilegal o ilícita, si - como en el caso en estudio- en su realización no se advierte ilegalidad alguna o vicio que la torne ilícita, ni ha mediado impugnación fundada por la parte a quien afectara su admisión como prueba, cumpliendo además con los requisitos de utilidad y pertinencia (Arts. 177, 178, 179 Pr. Pn.), sin perjuicio que, a la hora de ser valorada, su fuerza probatoria no sea suficiente para lograr el convencimiento del juzgador, según las pretensiones de la parte interesada. Esto en atención al principio de libertad probatoria que rige en el proceso penal (Art. 176 Pr. Pn.), lo cual significa que los hechos pueden ser acreditados por cualquier fuente de convicción licita, sin que esté sujeto en una u otras circunstancias a medios probatorios determinados.

Por ello, la prueba amerita examinarse de acuerdo con las características particulares que cada caso presente, debiendo entenderse que el valor para la prueba no es tasado, ni por la ley, ni por la jurisprudencia a la hora de evaluarlas, además, deben apreciarse en su conjunto, conforme a las reglas de la sana crítica, siempre que sean lícitas, pertinentes, útiles y legalmente admitidas, pues los elementos probatorios constituyen el núcleo del razonamiento que conduce -a partir de las intervenciones aportadas al proceso- a una afirmación o negación de los hechos o la participación o no en los mismos Sin embargo, en el caso que una de las partes se encuentre inconforme con la incorporación de la prueba o considera que ésta debe ser autenticada, porque tiene duda de lo que consta en ella, o no se quiere correr el riesgo que esa prueba por sí sola resulte insuficiente, y con el fin de asegurar sus pretensiones pueden impugnarla o procurar la obtención de elementos de prueba como anticipos y asegurar que lo que demandan sea resuelto a su favor.

Cabe indicar lo considerado por la Sala, en cuanto a la necesidad del juzgador de valorar diligencias de investigación conforme a las reglas de la sana crítica, así en la resolución bajo referencia 136-CAS-2006 de fecha 02/03/2011, se dijo*: "...ya en reiteradas sentencias se ha plasmado que si bien es cierto las diligencias de investigación son de utilidad para una fase inicial, también se ha establecido que la información que contienen constituyen prueba documental, conforme al principio de libertad probatoria prescrito en el Art. 162 Inc. 1 Pr. Pn., siempre que se hayan cumplido con los requisitos legales (Vgr. el Art. 123 Pr. Pn., para las actas policiales); es más, este despacho incluso es del pensamiento que si existe un elemento probatorio que lo corrobore en la audiencia de vista pública, debe ser valorado por el juzgador y no excluirse de la masa probatoria, pues-*

*to que se trata de prueba documental prescrita en el Art. 330 No. 4 Pr. Pn.)...--- y es que no pueden brindarse argumentos absolutos para excluir de la valoración un conjunto de elementos por ser "diligencias de investigación"; es preciso que el juez utilice las reglas de la sana crítica, para poder justificar su decisión, estimando que todo documento producido cumpliendo los requerimientos legales es procedente su valoración...".* Las disposiciones legales citadas corresponde la normativa procesal derogada pero aplicable al caso, lo cual tiene su equivalente en los Arts. 176, 139 y 372 respectivamente, del Código Procesal vigente.

Asimismo, es importante destacar que de conformidad con el Art. 244 Pr. Pn., los documentos públicos, auténticos y privados serán admisibles como prueba en el proceso penal, siempre que no sean redargüidos de falsos o presenten alteraciones o deterioro; además, se entenderá como documento, cualquier soporte en que consten datos o información susceptible de ser utilizada para probar un hecho determinado; y para su incorporación se seguirá el proceso de autenticación conforme se señala en el Art. 243 Pr. Pn., es decir que la acreditación de su autenticidad no sólo será necesaria sino indispensable cuando su admisión sea impugnada razonadamente por la parte a quien afecte su incorporación, todo lo cual no ha sucedido en el caso concreto.

No está demás señalar, que si bien en el presente caso se contó en vista pública únicamente con los testimonios de las víctimas con clave "Invierno" y "Tormenta", no así con el de "Trueno" y "Relámpago", tal situación es atendible si tenemos en cuenta la complejidad del caso, por tratarse de una estructura criminal, resultando razonable el temor de las víctimas a comparecer al juicio, para evitar represalias contra ellas y su familia.

Finalmente, es desestimable el reclamo, porque la descripción del tipo penal de Hurto no requiere la comprobación de la propiedad de las cosas hurtadas, sino que basta la sustracción de las mismas en poder o dentro de la esfera de poder de quien las posee o tiene; por otro lado, la situación que exige dicho delito es la ajenidad de las cosas hurtadas; además, en el caso en estudio, tampoco es necesario que un perito evaluador establezca la cuantía de lo hurtado para la acreditación del perjuicio patrimonial, ya que basta la aplicación de las reglas de la experiencia común para su determinación, pues, tratándose de un hecho notorio el valor de las cosas hurtadas (semovientes) no es inferior ni igual a los doscientos colones (monto establecido en el tipo penal para diferenciar el delito de la falta)."

CORRECTA VALORACIÓN INTEGRAL DE LA PRUEBA

"3. Ahora, en cuanto a la inobservancia de las reglas de la sana crítica, y en particular, el principio de razón suficiente, que acusa la defensora pública […], en favor del imputado […] porque considera que la resolución de la Cámara se ha basado en prueba ilegítima (denuncia y ampliación, declaraciones juradas), pues no se trata de prueba anticipada, ni documental, ni pre constituida, ni es suficiente para tener por establecida la preexistencia y posterior desaparecimiento de los semovientes, ni el perjuicio patrimonial. Así también, se alega que no fueron controvertidas en juicio porque no se presentaron a declarar las víctimas

"Relámpago" y "Trueno", y por tanto, la denuncia, ampliación de la misma, ni las declaraciones juradas fueron ratificadas en el juicio por las mencionadas víctimas, sin embargo la Cámara confirmó la fuerza probatoria que les otorgó en tribunal de primera instancia y que no es permitida legalmente (Arts. 179, 311 y 372 Pr. Pn,).

Acerca de los defectos que alega la licenciada […], debe estarse a las consideraciones que se expresan a partir del fundamento 2 de esta sentencia, en respuesta a la denuncia por inobservancia o errónea aplicación del Art. 372 Pr. Pn., planteada por el licenciado […] porque la Cámara confirmó validez a las actas notariales que contienen las declaraciones juradas de las víctimas […]; y las actas de inspección ocular extrajudiciales realizadas en los inmuebles de éstas […], las cuales tienen aplicación y son extensibles a las actas de denuncia de la víctimas y ampliación de las mismas que impugna de ilegítimas la defensora […]

De igual manera, en cuanto a la suficiencia de estas pruebas, para tener por establecida la preexistencia y posterior desaparecimiento de los semovientes, así como el perjuicio patrimonial, porque no fueron controvertidas en juicio, a través del testimonio de las víctimas "Relámpago" y "Trueno", el reclamo se rechaza por las mismas razones del anterior fundamento, en vista que la sustracción y posterior desaparecimiento de las cosas hurtadas en poder de sus propietarios o poseedores, así como la ajenidad de éstas y el perjuicio patrimonial, aparecen acreditadas por medio de las declaraciones rendidas por el criteriado "Cuatrero" en diversas etapas del proceso y en el juicio, habiéndose confirmado la plena credibilidad que se le otorgó en primera instancia, aunado a la legitimidad advertida en la estructura de los razonamientos que motivaron tal confirmación.

En consecuencia, al haberse admitido la prueba en el auto de apertura a juicio y haberse valorado por el juzgador, no implica una decisión ilegítima, ni violenta las reglas de la sana crítica, ya que la prueba fue apreciada de manera integral. Además, no se ha podido constatar en el acta de la vista pública que durante el desarrollo del juicio, se planteara alguna situación incidental orientada a reclamar sobre la validez del referido medio de prueba; lo cual demuestra que las partes simplemente asumieron los efectos de tal probanza.

Con lo anterior, se ha pretendido resaltar la pasividad de la defensa, ya que de considerar que existía una irregularidad en el ofrecimiento de prueba, tuvo las oportunidades procesales idóneas para escrutar adecuadamente el bagaje probatorio e indicar, en forma precisa, los vicios que a su criterio podían estar contenidos dentro del dictamen.

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 cantidad probatoria, a fin de que las inferencias extraídas por el juzgador resulten lógicas y ajustadas a las máximas del correcto entendimiento humando, 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, confrontarlo y relacionarlo con las demás para obtener de manera fundamentada y motivada su decisión. Circunstancias que se han cumplido en el sub judice."

INNECESARIO DILIGENCIAR UNA EXCUSA EN LOS SUPUESTOS DONDE SE DETERMINA LA OBJECIÓN DE RESOLUCIONES QUE NO SON RECURRIBLES EN CASACIÓN

"Por último, es preciso aclarar, que en el caso en estudio, consta que con fecha […] la Magistrada […], conoció del recurso de casación interpuesto por el Licenciado […] en su calidad de defensor, en el proceso penal seguido en contra de […] procesados por los delitos de Hurto Agravado en perjuicio de las víctimas con claves "Invierno" "Relámpago", "Tormenta" y "Trueno"; ocasión en la cual se resolvió declarar improcedente el recurso de casación, en la causa tramitada en esta Sede bajo el número de referencia 224C2013, en vista que la resolución recurrida no se adecuaba a ninguno de los supuestos enumerados en el Art. 479 Pr. Pn.

Actualmente, se conoce del recurso de casación interpuesto por los Licenciados […] de la sentencia condenatoria pronunciada por la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente, en contra de […] procesados por los delitos de Hurto Agravado en perjuicio de las víctimas con claves "Invierno", "Relámpago", "Tormenta" y "Trueno"; por lo que se hacen las siguientes consideraciones:

Que si bien, anteriormente la Sala emitió un pronunciamiento en el proceso seguido en contra de los citados imputados, tal circunstancia no prohíbe el examen de la pretensión ahora planteada, pues como se ha dejado establecido en párrafos precedentes, la resolución impugnada por el licenciado […] no estaba comprendida en los supuestos del Art. 479 Pr. Pn., por tanto, como puede colegirse la decisión respecto del primer recurso formulado por esta Sede, no es óbice para que no pueda conocer del presente, por cuanto para llegar a esa conclusión no se examinó el contenido del escrito y el pronunciamiento no se encontraba cimentado en una inobservancia que pudiera ser suplida.

De ahí que, se considera innecesario el diligenciamiento de una excusa en los supuestos donde se determina la objeción de resoluciones que no son recurribles en casación, por cuanto para arribar a esa conclusión no se logró examinar siquiera el contenido del escrito, lo que sin duda alguna no afecta la imparcialidad de la suscrita Magistrada […] al conformar este Tribunal. Véase resolución No. 267C2013 de fecha seis de mayo del año dos mil catorce."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 197C2015, fecha de la resolución: 15/01/2016*

## IDENTIFICACIÓN DEL IMPUTADO

LEGÍTIMA LA FUNDAMENTACIÓN AL INDIVIDUALIZAR E IDENTIFICAR AL IMPUTADO DESDE EL INICIO DE LAS INVESTIGACIONES, A TRAVÉS DEL SEÑALAMIENTO DIRECTO DEL TESTIGO CRITERIADO

"1. Se desprende que parte de la argumentación planteada en el primer reclamo por el Licenciado […] resulta improcedente, pues, se limita a señalar que

la motivación de la sentencia de la Cámara es insuficiente, porque no se efectuó de manera ordenada, sino que se emitió una decisión ambigua y que al resolverse el recurso de apelación se hizo de forma incompleta, aspectos que no serán sometidos a análisis, en razón de que no señala ningún yerro en la fundamentación del Ad quem. Sin embargo, también se advierte, que el recurrente acusa falta de fundamentación intelectiva e infracción del principio lógico de razón suficiente, en cuanto a la identidad física y nominal del imputado […] (con base en el Art. 478 N° 3 Pr. Pn.), porque la Cámara confirmó su acreditación, a pesar de que no se realizó un reconocimiento por medio de fotografías o en rueda de personas por parte del testigo criteriado "Cuatrero", no obstante que existe duda de que se trate de la misma persona que participó en los hechos, pues aquél (el criteriado) lo identificó inadecuadamente con diferentes nombres y apellidos, incluso por su alias.

Previo a resolver el asunto, es preciso exponer algunas acotaciones en torno a la necesidad de la práctica de un reconocimiento en rueda de personas; así como también, respecto de la influencia que las discordancias en los datos personales de un imputado (en el caso concreto, nombres y apellidos, -identidad nominal-) podrían tener en la certidumbre de su identidad o individualización como coautor de los delitos.

El Código Procesal Penal, en su Art. 83, en relación a la identificación del imputado, expresa: *"La identificación del imputado se practicará por sus datos personales, impresiones digitales, señas particulares o a través de cualquier otro medio. Si se niega a dar esos datos o los proporciona falsamente, se procederá a la identificación por testigos en la forma prevista para los reconocimientos, o por otros medios que se estimen útiles. Cuando exista certeza sobre la identidad física de la persona imputada, las dudas sobre los datos personales no alterarán el curso del procedimiento, sin perjuicio de que se rectifiquen en cualquier estado de las actuaciones, incluso durante la ejecución de la pena".*

Asimismo, respecto del Reconocimiento de personas, en el Art. 253 del referido cuerpo legal, dice: *"El juez podrá ordenar que se practique el reconocimiento de una persona para identificarla o para establecer que quien la menciona o alude efectivamente la conoce o la ha visto...".*

Con base en las disposiciones legales transcritas, esta Sala se ha pronunciado en anteriores resoluciones acerca de la **necesidad de realizar un reconocimiento en rueda de personas,** indicando: *[...el reconocimiento de personas es ante todo un procedimiento dirigido a la concreción de la persona a quien se atribuye la comisión de un delito, es decir definir si una determinada persona que se menciona como autor o partícipe en actos investigativos o en actos probatorios, es aquélla contra la que se pretende dirigir o se está ya ejercitando la imputación penal (...) 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 atribuye el delito investigado, a los efectos de "establecer que quien la menciona o alude efectivamente la conoce o la ha visto" (...) 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...].* (Ver sentencia **452-CAS-2008,** de fecha 22/06/2010).

De igual manera, cuando la individualización ha sido realizada -desde el inicio de las diligencias de investigación- a través del Documento Único de Identidad (DUI) se ha establecido: *"...Cuando existen serias dudas sobre la identificación, que imposibilitan el conocimiento exacto de la persona a quien se le atribuye el delito, y éste se niega a proporcionar sus datos personales o los da falsamente tiene aplicación el Art. 88 Pr. Pn."* (Ref. **303-CAS-2008** de fecha 28/03/2008). Conviene aclarar que la disposición legal citada corresponde a la normativa procesal penal derogada pero aplicable al caso, la cual tiene su equivalente en el Art. 83 del Código Procesal Penal vigente. (Transcrito en el párrafo tercero de este fundamento).

Por otra parte, se dice: *"...al inicio de las diligencias se tuvo el cuidado de identificar al procesado con su respectivo Documento de Identidad, cuyas generales aparecen relacionadas desde el comienzo de la investigación (...) existiendo una clara identificación del sujeto imputado era intrascendente que se considerara necesaria la realización de algún anticipo probatorio que tuviera por finalidad su identificación personal..."*(Ver sentencia **85C2012** de fecha 12/10/2012).

A su vez, el anterior criterio encuentra apoyo doctrinariamente, cuando, para el caso, Climent Durán señala: *"...La diligencia de reconocimiento en rueda no es un medio identificativo obligatorio: no es preciso practicarla automáticamente en todos los casos, incluso aunque no concurra la menor duda acerca de la identidad del autor del hecho delictivo investigado. Sino que sólo debe hacerse cuando haya dudas razonables al respecto, porque si la identificación del imputado ha quedado suficientemente concretada a través de cualquier otro modo identificativo (reconocimiento casual o fortuito, declaración testifical o confesión del imputado), y no hay dudas sobre la misma, devine en una diligencia innecesaria e inútil...".*

*"...la identificación del autor de un hecho delictivo puede hacerse por cualquier procedimiento que no contravenga el ordenamiento jurídico. Además del reconocimiento en rueda, cabe considerar como procedimientos identificativos, el reconocimiento casual o fortuito, el conocimiento previo del imputado, la confesión del imputado o su identificación vía testifical, e incluso cabría admitir el reconocimiento o señalamiento durante el acto del juicio oral..."*

*"...Si la víctima, o algún testigo presencial del hecho delictivo, conoce a su ejecutor, por ser vecino suyo, o por ser habitante del mismo barrio, o por cualquier otra causa, la identificación en rueda suele devenir innecesaria..."* (**Climent Durán, Carlos** "La Prueba Penal" Pág. 1108, 1110 y 1111)

En cuanto a las discordancias en la identidad nominal del imputado (nombres y apellidos) y su influencia en la certidumbre de su individualización o identidad física como coautor del delito, esta Sala ha venido sosteniendo en su jurisprudencia lo siguiente: *"...la relevancia en la individualización del imputado, radica en conocer al sujeto al que se le imputa la comisión del hecho, aunque se desconozca su identidad legal (...) no se vuelve necesario conocer los datos de la persona si es factible identificarle físicamente como la autora del hecho..."* (Ver sentencia **588-CAS-2009** de fecha 31/08/2012)

También ha determinado: *"... en un juicio lo esencial es la relación entre el imputado y el hecho que se le atribuye, y no entre el hecho y el nombre del*

*imputado; que el nombre no es más que un modo o uno de los modos más conocidos civilmente, para la identificación de las personas y no el único y exclusivo..."* (Longhi citado en el Libro de Ensayos No 1 "Tres Temas Fundamentales de la Fase Inicial del Proceso Penal" del Consejo Nacional de la Judicatura) (Ver cita en sentencia **144-CAS-2011** de fecha 17/10/2012).

Con base en la normativa y jurisprudencia que se mencionan, y una vez analizados los agravios que exponen los inconformes, esta Sala determina que no tienen razón, en tanto que no existe la falta de fundamentación intelectiva alegada, en relación a la acreditación de la identidad del imputado […]

En principio porque al examinar la sentencia impugnada constatamos que ésta contiene los fundamentos relativos a la individualización e identidad del coimputado […] y otros, pues - véase que- en torno a este punto la Cámara expresó los siguientes razonamientos: […]

Por otra parte, es ostensible que los fundamentos expresados por la Cámara son legítimos y han sido estructurados conforme a las reglas de la sana crítica, ya que la individualización e identificación de […] se hizo -desde un inicio de las investigaciones- a través del señalamiento directo que efectuó el testigo criteriado, proporcionando sus nombres, apellidos y su alias, lugar de residencia, características físicas y demás datos relativos a su identidad, asegurando conocerlo previamente (desde aproximadamente dos años) por motivo de que ambos (el criteriado y el imputado) se dedicaban habitualmente a hurtar ganado en la zona, siendo miembros de una banda delincuencial […]

La anterior información fue utilizada por los encargados de la investigación (agentes policiales y fiscales), quienes realizaron una serie de actos de corroboración extrajudicial que aparecen detallados en la sentencia impugnada, los cuales fueron documentados conforme las formas establecidas en los Arts. 83, 139, 140, 183 Pr. Pn., e incorporados al juicio a través de su lectura y confirmada su autenticidad por uno de los agentes policiales responsable de tales diligencias […]

Consta además que los datos de identidad proporcionados por el criteriado fueron cotejados por medio del respectivo registro de documento de identidad (DUI), estableciéndose certeza de su identidad. Así, según acta de identificación de despliegues de los imputados, de fecha […], consta que los investigadores policiales, bajo la dirección funcional de la Agente Fiscal del caso, se constituyeron a la Sección de Análisis y Tratamiento de la Información del Departamento de Investigaciones de la Policía Nacional Civil (S.A.T.I.), obteniéndose los perfiles identificativos personas señaladas por el criteriado, entre éstas el imputado […] (con DUI [...]); Certificación de impresión de datos de imagen del trámite del DUI, dejando consta es conforme con el original del Sistema de Registro del Documento Único de Identidad […]; acta de ubicación de las viviendas donde residían los imputados y croquis respectivo, estableciéndose que en dicho acto participó el criteriado, señalando en el lugar la residencia del imputado […] todo para constatar la existencia de la persona que había sido identificada nominalmente por el criteriado y para efectos de lograr posteriormente su captura […]. Es importante agregar que, al momento de su captura, fue identificado por medio de su pasaporte […]"

INNECESARIO PRACTICAR RECONOCIMIENTO EN RUEDA DE PERSONAS CUANDO EL IMPUTADO ESTÁ PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO Y VINCULADO CON EL HECHO POR OTROS ELEMENTOS PROBATORIOS

"De manera que, si partimos de que los tribunales de primera y de segunda instancia han creído razonablemente que el testigo dijo la verdad, aunado a todas las circunstancias antes señaladas, podemos concluir entonces que es razonable la certeza a la que arribaron acerca de la identidad de […], debido al previo conocimiento que el criteriado manifestó tener de los sujetos que participaron junto con él en la comisión de los hechos […], y por otra parte, ni siquiera consta dentro del proceso que las partes hayan externado alguna circunstancia que provocara duda de su identidad, como sí sucedió respecto de otros imputados […] de quienes resultó necesaria la práctica de reconocimiento en rueda de personas por parte del criteriado, por haberse suscitado duda sobre su identidad.

Por otra parte, es importante tomar en cuenta la aclaración que el criteriado hace en sede fiscal en cuanto a haberse referido a algunos de los imputados sólo con el nombre por el cual socialmente son conocidos en el cantón, pero asegura que se trata de las mismas personas que incrimina (aunque difieran sus nombres según aparece registrado en sus DUI), porque los conoce muy bien, por tanto, en el presente caso no era indispensable la diligencia de reconocimiento en rueda de personas para tener por individualizado e identificado a […] como coautor de los ilícitos, pues, tal reconocimiento torna innecesaria su práctica, al no advertirse que su identidad haya sido puesta en duda durante el procedimiento.

Por todo, esta Sala concluye que las diligencias de investigación extrajudicial que las autoridades judiciales de primera y de segunda instancia han tomado en cuenta para sostener la individualización de […] resulta, no sólo pertinente y útil, sino lícita y suficiente para el establecimiento de su identidad -física y nominal- como coautor de los ilícitos, no advirtiéndose en tal ponderación irregularidad alguna en la construcción de los argumentos de la Cámara, ni violación de las reglas de la sana crítica, porque -como se dijo antes- el criteriado ya tenía un conocimiento previo y basto de los imputados, y particularmente, del imputado […].; además, no consta dentro del expediente judicial la existencia de sospecha o duda de que haya mediado equivocación en su señalamiento o la revelación de alguna circunstancia que provocara duda de que la persona que fue detenida y sometida a este proceso penal no corresponda al sujeto que señala el criteriado como coautor de los delitos.

Consecuentemente, no existe fundamento para sostener que […] no fue debidamente individualizado como coautor de los hurtos por los cuales ha resultado condenado, por el hecho de que no fue identificado a través de diligencia de Reconocimiento en Ruedas de Personas, ni porque el criteriado haya variado (en el orden) al referirse a él con sus nombres y apellidos, incluso sólo con su alias, tal y como lo alega el recurrente. Por todo, procede desestimar el motivo relativo a la falta o insuficiente fundamentación, en relación a la individualización (identidad física y nominal) del imputado […]"

VÁLIDA LA INCORPORACIÓN Y VALORACIÓN DE PRUEBA DOCUMENTAL

"2. Respecto a la inobservancia o errónea aplicación del Art. 372 Pr, Pn., el licenciado […] denuncia que la Cámara confirmó la validez de documentación que carece de valor probatorio para el establecimiento de los hechos en juicio y cuya incorporación no está permitida legalmente. La falta de validez e ilegalidad la apoya en que las partes a quienes afectaba su incorporación no fueron escuchadas, ni hubo estipulaciones probatorias; y en que no constituyen prueba preestablecida o tasada, y por tanto, debió acreditarse en juicio la autenticidad de sus contenidos a través del testimonio de las personas responsables o intervinientes de los mismos. En concreto, se refutan de pruebas ilegales o ilegítimas, las actas notariales que contienen las declaraciones juradas de las víctimas (Invierno, Tormenta, Trueno y Relámpago); y las actas de inspección ocular extrajudiciales realizadas en los inmuebles de éstas.

También se acusa que el juez sentenciador no recibió prueba del perjuicio patrimonial sufrido por las víctimas, por la falta de demostración de la preexistencia de los semovientes, lo cual debió ser complementado a través de normas especiales como son los Arts. 7 y 31 del Reglamento para el Uso de Fierros o Marcas de Herrar Ganado y Traslado de Semovientes, que disponen que en caso de hurto o robo de semovientes, el propietario -por medio de escrito- deberá dar aviso a la Oficina Central de Marcas y Fierros, proporcionando todo dato que pueda ser útil a la investigación; requiriéndose para el establecimiento de la propiedad, la presentación de la carta de venta o matrícula del ganado. No obstante, en el presente caso, asegura que sólo dos de las víctimas presentaron fotocopias simples de matrículas.

En cuanto a que la Cámara inadvirtió el incumplimiento del inciso final del Art. 372 Pr. Pn., por parte del tribunal de primera instancia, porque la defensa del imputado […] no tuvo la oportunidad de ser escuchada, en relación a la afectación de la incorporación de las actas notariales que contienen las declaraciones juradas de las víctimas (Invierno, Tormenta, Trueno y Relámpago); y las actas de inspección ocular extrajudiciales en los inmuebles de éstas, debe decirse que el reclamo es infundado, ello, porque consta dentro del proceso, que tales documentos fueron ofrecidos oportunamente con la presentación de la acusación de […], encontrándose éstos debidamente agregados al expediente judicial […], se pusieron a disposición de la defensa técnica de cada uno de los imputados […] para que pudieran consultarlas dentro del plazo de cinco días, de conformidad con el Art. 357 Pr. Pn,; sin embargo, no consta oposición alguna a su admisión o incorporación, ni de manera escrita ni de forma verbal, sea ante el juez de instrucción o a la hora del juicio ante el tribunal de sentencia; no siendo así, no es válido el reclamo de que no se le dio oportunidad de oponerse a la incorporación de la documentación que tacha por tal motivo de ilegal.

Respecto a la ilegitimidad de la documentación porque no constituyen prueba preestablecida o tasada y que, por tanto, debió acreditarse en juicio la autenticidad de sus contenidos a través del testimonio de las personas responsables o intervinientes de los mismos, no tiene razón el inconforme, pues la ilegalidad o ilicitud de una prueba no puede ser fundada en su naturaleza de prueba pre

constituida o de anticipo de prueba, sino en la contravención a las formas legalmente establecidas en que ésta se realizó y en la afectación de derechos y garantías fundamentales que este quebranto produjo."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 197C2015, fecha de la resolución: 15/01/2016*

VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE DERIVACIÓN EN LA RELACIÓN DE LOS HECHOS ACREDITADOS AL OBTENER UN RESULTADO DISTINTO AL APORTADO EN LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO CON RÉGIMEN DE PROTECCIÓN

"1.- De acuerdo al memorial recursivo, el peticionario aduce dos vicios por la forma, en el primero solicita a este tribunal controle la inobservancia a las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorio de valor decisivo Arts. 178 N° 3 y 179 Pr.Pn; sin embargo, dentro de los argumentos soslayados en el segundo reclamo de casación se advierte un punto de impugnación que debe ser tratado prioritariamente dada su naturaleza, pues se ciñe a un aspecto que resulta vinculante para brindar respuestas a los restantes fundamentos expuestos en el recurso, para lo cual es imprescindible conocer el cuadro fáctico del que partió Cámara para arribar a sus conclusiones.

Así para el caso del motivo en comento, el recurrente alega "Deficiente identificación del imputado" conforme al Art. 378 en relación con al Art. 253 ambos Pr.Pn.

La Sala considera que **el punto objetado debe ser estimado,** por los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

1.- De la lectura al memorial recursivo, se desprende que, en el *sub judice,* quien recurre categoriza la existencia del vicio en examen, sobre la discrepancia que resulta entre el hecho que se tiene por probado en primera instancia y la relación que hace Cámara del mismo.

Debido al contenido sobre el cual se ampara dicha afirmación, es conducente en un primer momento la remisión al pronunciamiento de alzada, a efecto de verificar la relación que lleva a cabo la Cámara en el romano II denominado "antecedentes" de los hechos probados, donde expresa lo siguiente:

*"... En la sentencia recurrida, consta que el tribunal tuvo por acreditado que en fecha nueve de febrero de dos mil quince, aproximadamente a las veintiuna horas* con *cincuenta minutos, en la entrada del pasaje [...]* de *San Salvador, la víctima identificada* como [...]*, se encontraba* con el *testigo clave "Taywan", cuando observaron a dos sujetos en motocicleta* color ocre, *que al* acercase *llegaron a una tienda que* se *encuentra en el lugar y que al regresar de la tienda se acercan a la víctima y su acompañante..* Que *uno de ellos... saca su arma de fuego y dispara... mientras que el segundo espero a que el otro sujeto terminara de disparar (...) siendo lo anterior extraído* se la *declaración del testigo* clave *"Taywan" (Sic).*

Consecuentemente es imprescindible la remisión al pronunciamiento dictado por primera instancia, el cual al ser analizado, se desprenden varias situaciones, la primera de ellas, es que en esta resolución existe una acreditación de hechos, desarrollada en la página 12, la cual dice literalmente lo siguiente:

*"...por lo* que con *base a la prueba examinada este Tribunal tiene por acreditado (...) a)* Que *los hechos que se juzgan sucedieron aproximadamente a eso de las veintiuna horas* con *cincuenta minutos del día nueve de febrero del presente año, en la entrada del pasaje [...], San Salvador, en momentos que la víctima [...], se encontraba en la entrada del pasaje [...] con otro joven, en ese instante se observa que dos jóvenes en* motocicleta color ocre, *llegaron se bajan ambos de la* motocicleta, *se quitan los cascos y se aproximan a los dos jóvenes que se encontraban en la entrada del pasaje,* en ese *momento la persona* de *la motocicleta que vestía camisa color gris, saca su arma de fuego y dispara en contra de la víctima, y a consecuencia de dichos disparos* le *quitaron la vida." (Sic).*

Como segundo aspecto, se detecta que los hechos presentados en juicio y a los cuales hace mención el Tribunal Quinto de Sentencia, parten de la declaración brindada por el testigo "Taywan", quien en la fundamentación probatoria descriptiva e intelectiva expuso que al momento de los hechos se *"...encontraba en la tienda comprando y platicando* con *una amiga, cuando se bajaron los dos jóvenes de la* moto *y estaba el* joven *asesinado con otro grupo...",* declaración que lo ubica con una persona distinta a la víctima, afirmación que resulta coincidente con lo expuesto y acreditado por el Tribunal Quinto de Sentencia, quien refiere a que el occiso estaba con otro sujeto, no relacionando que sea el testigo de cargo.

La confrontación bajo el rigor de los principios orientativos de las reglas de la sana crítica, de los argumentos expuestos por la Cámara frente a los expuestos por el tribunal de primera instancia, permiten a esta Sala detectar la presencia de inconsistencias en el proveído de alzada al delimitarse el cuadro fáctico frente al detallado por el tribunal de primera instancia.

En este punto es importante señalar que, nuestra normativa procesal penal dispone claramente que la sentencia deberá contener "La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado", Art. 395 N° 3 Pr.Pn. Dicha exigencia responde a la necesidad que los razonamientos de la alzada deben ser extraídos de los elementos controvertidos en vista pública, dado que fueron estos sobre los que tuvo que partir Primera Instancia, para extraer las conclusiones que los llevaron a delimitar o no la conducta del procesado en una determinada figura penal.

Es decir, que ante los defectos propuestos por un reclamante, segunda instancia tiene a la base la resolución que se cuestiona, la prueba y las conclusiones que de ella se derivan, razón por la cual tales aspectos, -si el motivo lo permite-, deberán ser reanalizados conforme a reglas de sana crítica, teniendo especial cuidado que de tal examen las conclusiones que deriven o la relación de hechos que se formule, se encuentren conjugadas con los elementos que fueron suministrados para el debate, pues si tal derivación se rompe o no es respetuosa de los puntos aportados probatoriamente, habrá un defecto de fundamentación que a su vez se traduce en un quiebre lógico del proveído en Segunda Instancia.

En el presente caso, resulta claro que la Cámara plasma una diferente fundamentación fáctica a la presentada por el tribunal de primera instancia, circunstancia que se contrapone a la declaración vertida por el testigo directo con clave "Taywan", testimonio sobre el cual, ambas instancias han pretendido sustentar la

determinación de la relación circunstanciada de los hechos, sin embargo al ser contradictoria en su contenido la emitida por el tribunal de segunda instancia, se presenta una ruptura al iter lógico y la derivación por parte de los Magistrados, en lo concerniente a la construcción de la convicción en el examen a la prueba testimonial y la relación de los hechos acreditados, dado que obtienen un resultado distinto al aportado en la declaración del testigo con clave "Taywan", en lo concerniente al lugar físico donde el testigo se localiza al momento que se comete el delito, aun cuando la trascripción de la declaración vertida en la vista pública y relacionada en el fallo de la azada, refiere a que este manifestó se encontraba junto con una amiga y que la víctima esta con otros sujetos.

Los argumentos de la Cámara no abordan aspectos de índole espacio —temporal., que permitan desprender la construcción de los mismos en relación a lo aportado por la prueba y circunstancias fácticas dilucidadas en el proceso, para asumir eventos y aspectos que se aparten de la sustentación fáctica acreditada por el tribunal de primera instancia, habiéndose irrespetado los principios lógicos que hacen que el raciocinio judicial se traduzca en un silogismo, que garantice un análisis objetivo, verificable y controlable en caso de yerros. (Resolución de las once horas con quince minutos del día quince de mayo del año dos mil seis Ref. 557-CAS-2005).

La acreditación fáctica de Cámara, al encontrarse distante del contenido aportado en juicio, conlleva una vulneración a las leyes de la lógica, es decir, las leyes de la coherencia de los pensamientos y de derivación las cuales establecen, respectivamente: la concordancia o convivencia entre sus elementos, y la segunda: cada pensamiento proviene de otro con el cual está relacionado. (Resolución de las once horas con tres minutos del diecisiete de junio del año dos mil cinco. Ref. 367-CAS-2004)

El análisis previo, permite afirmar que en la sentencia objeto de examen, existe una acreditación de hechos distinta a la arribada por primera instancia, a partir de ello, es necesario, limitar el efecto que esto produjo en el proveído de la Cámara, pues es sobre este punto que descansa el agravio aducido por el impetrante, quien expresa en lo conducente:

*"...no es cierto* lo *manifestado por la Honorable Cámara Segunda de lo Penal ... que el testigo Taywan se encontraba junto* con *la víctima, ya que esto no ha quedado establecido dentro del proceso...."* (Sic) (Folios cuarenta y siete del recurso de casación.)"

MODIFICACIÓN REALIZADA POR LA CÁMARA RESPECTO A LA LOCALIZACIÓN DEL TESTIGO TIENE INCIDENCIA EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL IMPUTADO

"En el presente caso, esta Sala advierte que la modificación realizada respecto a la localización del testigo, no tiene incidencia en la forma en que se perpetraron los hechos, ni en el lugar y fecha de comisión, sin embargo, si lo tiene respecto a la individualización del procesado, el cual ha sido identificado solamente por el testigo clave "Taywan", circunstancia objetada tanto en apelación y ante esta sede.

En ambos recursos, la parte defensora aduce una deficiente identificación

del imputado, constriñendo parte de sus cuestionamientos en la distancia en que se encontraba el testigo respecto de su cliente al momento del delito, punto que torna decisivos los hechos que trascribió la Cámara y a partir de los cuales fundó parte de sus argumentos, pues de la lectura plena a la resolución de alzada se advierte que los "hechos probados en juicio" forman parte del contenido extrínseco de la sentencia, al momento de confirmar en sus fundamentos intelectivos que la identificación llevada a cabo, es válida, porque: *"clave "Taywan" se encontraba* con *la víctima, logrando de manera clara y directa percibir todas las circunstancias que rodearon el suceso." (Sic) Pág. 14 de la sentencia de alzada.*

Ciñéndonos a las reglas de la sana crítica, y remitiéndonos a lo resuelto en la sentencia objeto de examen, queda de manifestó el irrespeto al principio lógico de derivación, puesto que el tribunal de alzada no construye presunciones con apego a los principios lógicos de un discurso claro, coherente, revestido del buen sentido, ya que el contenido del cual sustrae sus conclusiones no deriva de lo aportado por los elementos probatorios ni del cuadro factico presentado. (Resolución de las catorce horas del día dieciséis de enero del año dos mil trece Ref. 498-CAS-2009).

Así, esta sede al analizar los argumentos expuesto en la fundamentación analítica por parte del tribunal de mérito verifica, que los hechos acreditados tal cual se presentan en la alzada, guardan ilación con las consideraciones que hacen los Magistrados acerca del lugar donde se localizaba el testigo, al que ubican de nuevo con la víctima tal como se desprende de la transcripción siguiente:

*"El caso de alzada es un* típico *supuesto de reconocimiento in situ, pues, en momentos en que los hechos sucedieron, clave "Taywan", se encontraba con la víctima, logrando de manera clara y directa percibir todas las circunstancias que rodearon el suceso, permitiéndole reconocer e identificar a* los *sujetos que se acercaron en la motocicleta y que posteriormente dispararon contra esta... " (Sic):* Folio treinta y dos vuelto del incidente de apelación., tal valoración, es opuesta al contenido de la declaración, transcrita por la Cámara, en la que relaciona que ese testigo expresó que en momentos que ocurrió el homicidio: "... *se encontraba en la tienda comprando y platicando con una amiga.., y estaba* el joven *asesinado* con otro *grupo."* Folio veintinueve vuelto del incidente de apelación.

Tales circunstancias permiten a esta Sala considerar la existencia de un quebrantamiento a la regla de derivación en el proveído de alzada, ya que la sana crítica supone que la conclusión del juez encargado, sea producto de aquellos elementos incorporados de manera válida al juicio, procurando así que exista un nexo racional respecto de la decisión y los elementos de prueba incorporados. (Resolución de las diez horas con treinta minutos del dieciocho de marzo del dos mil nueve Ref. 47-CAS-2007).

Afectándose por tanto la debida fundamentación, pues el marco sobre el cual perfila la defensa sus alegatos, es con base a la distancia que poseía el testigo, quien acorde a lo expuesto en la sentencia de primera instancia y la declaración del testigo clave "Taywan", se encontraba hablando con una amiga y que la víctima se encontraba en otro grupo, lo cual si bien lo ubica físicamente en la escena de delito, no lo posiciona con el ahora occiso, como lo manifiesta

la Cámara.

Se deja constancia que los precedentes relacionados en este pronunciamiento fueron dictados bajo la vigencia de la legislación procesal penal derogada, pero son aplicables al caso de autos, por mantenerse incólumes los criterios sustentados en los mismos.

En razón de tales argumentos esta sede, considera procedente casar la sentencia, impugnada y por resultar inoficioso el examen del primer vicio incoado y de los restantes argumentos de la segunda infracción alegada esta Sala omite pronunciase al respecto."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 158C2016, fecha de la resolución: 17/10/2016*

## INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN

PROCEDE POR NO HABERSE REFUTADO EL RAZONAMIENTO CONTENIDO EN EL PROVEÍDO DE LA CÁMARA, SINO ASPECTOS TOCANTES A PRIMERA INSTANCIA

"Respecto al segundo motivo argüido por el recurrente, se identifica que éste contiene diversos señalamientos sobre errores de procedimiento, a pesar que la nomenclatura empleada sugiere que se encontraba referido a la violación a las reglas de la sana crítica.

Al revisar los alegatos expuestos para sustentar este motivo, se identifica que el impetrante busca someter al conocimiento de este colegiado casacional múltiples aspectos de diferente naturaleza, algunos relacionados con la violación de derechos y garantías constitucionales y otros referentes a la errónea valoración del material probatorio. A continuación, se enumeran los diferentes extremos reprochados en este motivo:

1) Que al coimputado […], era representado por el licenciado [...] como defensor particular, letrado que fue sustituido por un defensor público "a escondidas", previo a que el señor [...], rindiera su confesión extrajudicial *"a quien se le da criterio de oportunidad para dejar impunes los delitos que* con*fiesa"(sic),* lo que dice vino a afectar a sus patrocinados.

2) Que no se respetó la garantía del juez natural, al haberse conformado un *"tribunal colegiado para anticipos de prueba"* (sic), debido a la intervención de la jueza propietaria del Juzgado Noveno de Instrucción, licenciada Nora Montoya, junto con el licenciado Alfonso Parada, juez suplente del mismo tribunal, en la audiencia especial en la que se recibió prueba testimonial de manera anticipada por medio del mecanismo de la videoconferencia.

3) Que en el proceso han ocurrido dilaciones indebidas, en razón de la excesiva duración del plazo de instrucción; además, se recibieron las declaraciones anticipadas a […], cuando ya había vencido el referido plazo.

4) El desarrollo de un juicio paralelo en los medios de comunicación en tomo a la culpabilidad de las personas imputadas durante la tramitación de la causa.

5) Que las asistencias judiciales recíprocas no fueron "inmediadas" por el Tribunal de Sentencia, ya que debieron haber venido al país los peritos que

analizaron la sustancia y los agentes que la incautaron y no dar valor a prueba proveniente del extranjero como lo hizo el Tribunal de Sentencia, al valorar esos elementos y utilizarlos para fundar la condena de los procesados [...].

*6)* Que los testigos criteriados carecen totalmente de credibilidad por tratarse de delincuentes confesos, señalando que: *"Si soy delincuente porque lo he confesado....¿Merezco credibilidad? ¿Merece la sociedad salvadoreña que a una persona que comete delitos se* le crea y *sirva su testimonio de delincuente de fundamento para condenar a* otro *que niega haber participado en los hechos delictivos? Yo pienso que no es* suficiente" *(sic). Además, atribuye a los declarantes […], desavenencias con los procesados, así como el interés de obtener beneficios penales, situaciones que motivaron la declaración testimonial de estas personas y les privan de credibilidad.*

Ahora bien, este tribunal nota que los alegatos antes enlistados constituyen casi en su totalidad, el traslado literal de los conceptos vertidos en su oportunidad, en el memorial de apelación, con la inserción de algunas alusiones escuetas al sentido confirmatorio del proveído de segunda instancia. Al respecto, es pertinente reiterar el criterio expuesto en decisiones previas, en torno a la exigencia legal de plantear el motivo de casación de manera fundada: *"El solicitante tiene la obligación de expresar las razones jurídicas por las que considera que la Cámara ha errado en su actuar, construyendo un punto de vista al respecto, en el cual defienda y asegure su razonamiento",* (Sentencia de casación Ref. 229C2013, de fecha 10/01/2014).

Además, es indiscutible que los alegatos expuestos por el gestionante para sustentar los motivos de casación han de estar referidos a la sentencia emitida por el colegiado de alzada por ser ésta la que constituye el ámbito de cognición de esta Sala; en consecuencia, aunque es válido aludir a la impugnación de alzada con la finalidad de contextualizar a esta Sala sobre el marco que debía comprender el proveído dictado por la Cámara, resulta erróneo calcar literalmente los fundamentos empleados para apelar, pues, éstos se encontraban destinados a objetar las razones del tribunal de primer grado *(Cfr.* Sentencias de casación Ref. 2C2016, dictada el 16/03/2016, y Ref. 301C2013, de fecha 05/0212014).

Entonces, para sustentar los señalamientos que vierte el postulante y permitir que esta Sala ingrese al fondo de su propuesta recursiva, no basta transcribir los conceptos que ya ha expuesto en el memorial de alzada, sino también debe identificar cuál fue la respuesta dada por el tribunal de segunda instancia a esas alegaciones y explicar de qué manera las razones argüidas por la Cámara en estos puntos son equívocas o contrarias a derecho, ya que la casación no ha de entenderse como una segunda alzada (Ref. Sentencia de casación Ref. 54C2016), lo cual no se ha visto cumplido en el libelo en examen.

Además, en el caso de los tres primeros señalamientos enlistados *supra,* describen yerros de procedimiento y advierte que éstos vulneraron derechos y garantías constitucionales. Ahora bien, aunque por mandato legal las infracciones de derechos fundamentales posibilitan la declaratoria de nulidad absoluta en cualquier etapa del procedimiento, es sabido que la concepción moderna de la actividad procesal defectuosa excluye la declaratoria de la nulidad de manera automática y mecanizada (Sentencia de casación Ref. 22C2016, de fecha

07/06/2016). Precisamente, con fundamento en esta visión, el legislador estableció en la parte final del primer inciso del Art. 345 Pr. Pn.: *"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".

Por lo tanto, no basta mencionar ciertas incidencias procesales y aludir de inmediato a que infringen algún derecho, principio o garantía de índole esencial, sino que hay que poner de manifiesto mediante explicaciones claras y con sustento jurídico el agravio que hayan producido a la parte que lo invoca, lo cual no se ve satisfecho por el recurrente, dada la deficiente estructura argumentativa que lo lleva a lanzar cuestionamiento, dispersos y subjetivos al desarrollo del procedimiento, y al mismo tiempo a dejar de lado los fundamentos que la Cámara expuso como respuesta a su impugnación en alzada.

Nótese, por ejemplo, cuando el litigante argumenta por qué fue irregular la sustitución del defensor del coimputado [...], y cómo incidió en sus defendidos, generando la violación del Art. 12 Cn., que regula el derecho de defensa, el señalamiento formulado consiste en que se hizo un cambio de defensor *"a escondidas"* y para beneficiar a un *"delincuente* confeso". Para esta Sala, ese tipo de alegaciones solamente reflejan inconformidad con el sentido de lo resuelto en aquella etapa del proceso, pero no evidencian un agravio a los efectos del ordenamiento jurídico.

Solamente, al final de sus alegaciones, el postulante hace alusión directa al pronunciamiento de Cámara, contra el que debió enfilar todo el análisis de este motivo, pero para hacer el juicio subjetivo que la sede de alzada ha incurrido en infracción legal del Art. 400 N° 5, en razón de: "darle *validez a declaraciones de delincuentes confesos y contradictorios"* (sic); es decir, incluso, este argumento se trata de una discrepancia no razonada.

Entonces, los puntos antes enumerados, que integran el contenido del motivo en examen deben ser inadmitidos al no haber refutado el razonamiento contenido en el proveído de la Cámara sino aspectos tocantes a primera instancia, a lo que se añade no haber evidenciado con argumentos jurídicos y no subjetivos, el agravio producido por los errores de procedimiento que ha referido en su libelo. Por ello, estos extremos del reclamo son INADMITIDOS, sin emitirse pronunciamiento de fondo en tomo a ellos. [....]."

PROCEDE ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PLANTEAR LOS RECLAMOS DE MANERA FUNDADA Y DIRECTAMENTE CONTRA LA RESOLUCIÓN DE SEGUNDO GRADO

"En lo concerniente al memorial del licenciado [...], esta Sala identifica que éste propone tres causales de casación desarrolladas así:

a) En la primera de ellas señala: *"LA INEXISTENCIA DE PRUEBA MATERIAL E INTRODUCIDA AL PROCESO SOLO POR MEDIO DE EXPEDIENTES DE ASISTENCIAS JURÍDICAS INTERNACIONALES". (sic).* Como base de sus alegaciones, propone el Art. 478 No. 2 Pr. Pn., bajo el argumento que la prueba

no ha sido incorporada legalmente al juicio.

En su fundamentación, el inconforme empieza refiriéndose a dos expedientes de asistencia jurídica internacional, uno procedente de la República de Costa Rica y el otro, remitido por el señor [...], en su calidad de Director General del Instituto Costarricense sobre Drogas.

Y más adelante, se interna en cuestionar los elementos probatorios periciales y testimoniales que fueron apreciados en el juicio, llegando a considerar que se trata de elementos insuficientes para acreditar la responsabilidad penal atribuida a su defendido. Es más, en su propia evaluación, intenta reconstruir una teoría de descargo, esto a partir de estimar que el testigo […], nunca tuvo a la vista la droga incautada, que tampoco expresó haberse encontrado en la República de Costa Rica al tiempo de los hallazgos de la droga secuestrada; de ahí que, hasta llega a cuestionar la credibilidad que se le otorgó a la declaración rendida por dicho testigo, a quien acusa de ser *"mendaz y* contradictorio".

Cabe destacar, que es en ese esfuerzo del recurrente en desacreditar los medios probatorios donde afirma que tales "Expedientes de Asistencia Jurídica Internacional", no han cumplido los requisitos de autenticidad, conforme a los Arts. 334 del Código Procesal Civil y Mercantil, y 7 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícitos de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Pero con una clara orientación, en que todas las probanzas no permitían establecer la participación delincuencial de su defendido, denotando una absoluta inconformidad con la condena y con los medios probatorios utilizados para esos efectos.

b) En el segundo motivo, alega la: *"inobservancia a las reglas de la* congruencia", por pensar que se quebrantan los Art. 478 No. 4 en relación con el 175 ambos del Código Procesal Penal, pues, en consideración del recurrente se manifiesta la incongruencia, cuando se le atribuye la participación delincuencial al imputado [...], a pesar de que este nunca estuvo en la embarcación en que fue decomisada la droga ni le fue encontrada la sustancia ilícita en su poder, en tanto que no fue detenido en flagrancia y ni siquiera se indicaron los nombres de las personas que trasladaban la droga.

En su fundamento insiste en señalar que su patrocinado nunca estuvo en contacto con la droga; y que además, esta droga nunca ha existido, pues, en territorio salvadoreño no existió decomiso alguno. Finalmente, vuelve a recalcar la ilegalidad de medios probatorios que en su apreciación, son los que sirvieron para establecer la condena.

c) En el tercer motivo invoca la "Errónea aplicación de la *ley penar.* Comienza señalando que su defendido fue condenado por un delito que había sido juzgado en otro proceso contra el señor […], lo cual en su idea violenta los arts. 478 no. 5 en relación con el 305 y 306 del Código procesal Penal.

En su fundamento, reitera que el delito de Tráfico Ilícito, Art. 33 LRARD, relativo a la incautación de un kilo de droga, ya fue juzgado previamente en un procedimiento abreviado, habiéndose emitido condena en contra del señor [...], quien -en opinión del recurrente-, confesó su participación como único responsable de los hechos. Dice también que existe una violación al principio de igualdad, en tanto que aquel imputado resultó beneficiado al recibir una condena de tres

años pero por haber calificado el hecho como Posesión y Tenencia con fines de tráfico, Art. 34 Inc. 3 LRARD., y sin embargo, al ser encontrado responsable su patrocinado respecto del mismo hecho se le califica como Tráfico Internacional de drogas y recibe una condena de quince años de prisión.

Finalmente, sigue manifestando su inconformidad por el mérito concedido al testigo […], de quien dice sorprendió la buena fe de los juzgadores, volviendo a repetir, como lo ha hecho en cada uno de los motivos, que los juzgadores no tuvieron a la vista la droga decomisada, por lo que dice que ésta no fue inmediada; que dicho testigo tampoco vio la droga en Costa Rica, sino sólo el kilo que le pertenecía a éste, y que los expedientes de asistencias jurídicas internacionales tampoco cumplen los requisitos para ser auténticos en este país.

Al hacer un análisis integral de todo lo enunciado por el inconforme, esta Sala encuentra una crítica generalizada contra los sentenciadores de primera instancia, por el valor probatorio que les concedieron a diferentes medios probatorios, incluyendo la testimonial. Bajo esa perspectiva, el solicitante trata de poner en entredicho al testigo […], por considerar que su explicación no es coherente, ni aún con el resto de probanzas disponibles, cuestionando el valor que aquellas tuvieron para el Tribunal de Sentencia. Además, en todos su reproches hace palpable solamente su inconformidad por lo adverso que resultó el juicio oral contra su patrocinado; de manera tal que los aspectos alegados llevan la misma orientación, pues para el postulante otra valoración de las probanzas hubiese cambiado el resultado que ahora impugna, haciendo énfasis en que la propuesta por él desarrollada es la más adecuada.

Los diferentes reclamos enunciados por el recurrente no habilitan el control casacional respectivo, debido a sus falencias argumentativas, ya que parecen estructurados como reclamos de apelación o incluso como alegatos fácticos del juicio oral, al no dirigirse de manera puntual contra los razonamientos descritos en la sentencia de segunda instancia sino que critica de forma confusa lo analizado en la sentencia de primer grado y formula su particular visión sobre los hechos acusados; de ahí que, tampoco se cumplen los presupuestos de procedencia del recurso por esta vía, pues existe un equívoco en la selección del proveído que intenta anular, es decir, el inconforme ha enfilado todo su desacuerdo contra la forma de proceder del juzgador que dictó la resolución de primera instancia, y sólo en forma simple asegura estar en desacuerdo porque aquella resolución fue confirmada en segunda instancia.

Olvida por completo el impugnante, que con la configuración actual del proceso penal, las resoluciones de primera instancia, no están comprendidas en los supuestos de impugnabilidad objetiva, citados en el Art. 479 Pr. Pn., donde con claridad el legislador ha previsto que este tipo de decisiones ya no son objeto de casación.

Es más, cuando esta Sala procede a revisar las diligencias remitidas, constata que el licenciado [...], no ejerció el derecho de impugnar la decisión de primera instancia mediante el recurso de apelación. Desde luego, como defensor debidamente acreditado de varios procesados, el gestionante puede plantear casación, pero ha de estructurar los reclamos con base en los puntos abordados en la resolución del colegiado de alzada, enunciando y explicando en qué consiste

el error que haya apreciado en los razonamientos de dicho tribunal, desarrollando los puntos concretos donde se aprecie la inobservancia o errónea aplicación de normas adjetivas o sustantivas al interior del proveído de segundo grado, o en su defecto, hacer ostensibles los razonamientos probatorios que constituyan violación a las reglas de la sana crítica en la sentencia de segunda instancia.

Repárese, por ejemplo, en la temática de las asistencias jurídicas internacionales en relación al principio de inmediación; indudablemente se trata de un punto invocado por otros defensores que sí apelaron y abordado en el fallo de la Cámara. Bastaba entonces que el impetrante expusiese argumentos lógicos y con sustento jurídico para refutar los fundamentos vertidos por la referida sede judicial, pero ello se encuentra ausente salvo la mera cita de un precepto legal y una norma convencional, y la indicación que los documentos no venían apostillados.

En suma, se visualiza que el postulante ha incumplido la obligación de plantear los reclamos de manera fundada y directamente contra la resolución de segundo grado, ya que ha construido su argumentación contra las incidencias y análisis probatorio del tribunal de primera instancia, dejando sin respaldo sus reclamos. Y es que pese al esfuerzo de esta Sala en pro del acceso a la justicia, para poder habilitar la casación es requisito atacar directamente el contenido de la decisión emitida en segunda instancia y no dedicarse a hacer valoraciones propias de las pruebas, mostrando su desacuerdo por la convicción judicial sobre la existencia de los hechos y la participación que en los mismos tuvo el acusado que defiende.

De modo tal, que es factible concluir que las propuestas casacionales no han sido planteados según los criterios legales determinados, al no estructurarse adecuadamente ningún motivo que habilite conocer el fondo del asunto, ya que se ha desarrollado de forma imprecisa los reproches y al mismo tiempo, las alegaciones que consigna se orientan a controvertir el análisis probatorio de primera instancia, aspectos que impiden la posibilidad de la corrección de oficio. Tampoco procede la subsanación material, pues implicaría la formulación de un motivo nuevo, aspecto que está expresamente prohibido por la parte final del Art. 480 del citado cuerpo legal; en consecuencia, todos los motivos enunciados deberán ser inadmitidos en la parte resolutiva de la presente resolución."

IMPERTINENCIA DE LA OFERTA PROBATORIA EN LOS TÉRMINOS PLANTEADOS

"Además, nota esta Sala que el recurrente solicitó la celebración de audiencia oral para *"fundamentar"* su recurso. Al mismo tiempo, ofrece como prueba el audio de la grabación de la vista pública, solicita que sea escuchada por los Magistrados de esta Sala, comentando en las consideraciones de su memorial, que al escucharlo se entenderá que el testigo […], fue *"mendaz y contradictorio"* y que es un testigo periférico al que le contaron los hechos. Es notoria la impertinencia de la oferta probatoria en los términos planteados por el recurrente, pues resulta evidente que coincide con la pretensión de cuestionar el juicio crítico del Tribunal de Sentencia en procura que esta Sala suplantase con su propio criterio dicha valoración, lo que resulta impropio de la vía casacional.

Por ello, teniendo presente los defectos insalvables en el recurso incoado,

la petición de audiencia debe ser rechazada, ya que no es factible permitir al impetrante reestructurar completamente los motivos planteados, dada la previsión legal que la casación es de única oportunidad. Por idéntica razón, se rechaza la oferta probatoria antes descrita."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 149C2016, fecha de la resolución: 28/10/2016*

RESOLUCIONES DE PRIMERA INSTANCIA NO SON IMPUGNABLES VÍA CASACIÓN

"Inicialmente, debe exponerse que el recurso de casación es un control de legalidad, en los supuestos de inobservancia o errónea aplicación de las normas de índole sustantiva o adjetiva, que ha de ceñirse al contenido constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, así como a la garantía del debido proceso.

Este medio impugnaticio requiere el cumplimiento de una serie de requisitos legalmente establecidos, verbigracia, el Art. 452 Pr. Pn., recoge el presupuesto correspondiente a la impugnabilidad subjetiva, aspecto que se refiere a la capacidad jurídica para demandar el correcto cumplimiento de la normativa, como consecuencia del agravio inferido por la decisión emitida. Para el asunto en discusión, la anterior exigencia resultó agotada cabalmente, ya que se trata de un escrito recursivo planteado por el procesado, en ejercicio del derecho de defensa en su vertiente material.

Además, el ordenamiento jurídico vigente indica con precisión los fallos que pueden ser objeto de reclamo en casación. En ese orden, el Art. 479 Pr. Pn. contiene la tipología de las resoluciones a las que se le habilita el control por medio de esta vía recursiva, dentro de la cual se encuentran las sentencias definitivas y los autos que pongan fin al proceso o a la pena, hagan imposible que continúen las actuaciones o que denieguen la extinción de la sanción, toda vez que tales decisiones sean proferidas o confirmadas por el tribunal que conoció en segunda instancia, quedando proscritas las interpretaciones extensivas o analógicas que pretendan incorporar decisiones no comprendidas dentro de esa enumeración concreta.

Conviene recordar que, según el diseño legal del proceso penal salvadoreño, una vez desarrollada la etapa de juicio, se otorga la oportunidad a los actores procesales para solicitar la corrección de agravios que hayan sido provocados por el fallo emitido por el tribunal de primera instancia, mediante la interposición del recurso de apelación.

En el presente asunto, se advierte que el imputado objeta el fallo condenatorio proferido por el Tribunal de Sentencia de Zacatecoluca, invocando cinco motivos de impugnación, pretendiendo a través de esta acción recursiva que se controle la valoración probatoria y la aplicación de las normas sustantivas realizada por el sentenciador. Es evidente entonces que el reclamo se ha dirigido contra una decisión emitida en primera instancia, particularidad que impone a esta Sala declarar la inadmisibilidad por falta de impugnabilidad objetiva, pues, se encuentra vedado el control de este tipo de resoluciones.

Sin perjuicio de lo anterior, esta sede insistentemente se ha decantado por la garantía del acceso a la justicia, contenida en el Art. 2 de la Constitución de la

República, así como en los instrumentos internacionales, verbigracia, Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual consiste en la posibilidad real de ingreso a la jurisdicción respecto de la totalidad de sujetos procesales: víctima, imputado, acusador y defensor; y permite, además, no sólo la oportunidad de abocarse a tribunales con el objetivo de exponer un conflicto que ha de ser resuelto, sino también el derecho a recibir una resolución clara y motivada tanto fáctica como jurídicamente, que ponga fin al litigio que dio nacimiento a la causa penal."

PROCEDE REMITIR AL TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA PARA QUE CONOZCA EN APELACIÓN, A FIN DE EVITAR LÍMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE RECURRIR QUE LE ASISTE AL IMPUTADO CONDENADO

"Entonces, en correspondencia a esta visión garantista, esta Sala ha sostenido que en aquellos asuntos en los que se identifica de manera manifiesta un equívoco en la selección de la vía impugnaticia por parte del gestionante, corresponde redirigir la pretensión a la vía idónea mediante la remisión de las actuaciones al tribunal al que le corresponde conocer del recurso, priorizando el contenido sobre la errónea denominación empleada en aras del acceso a la justicia (Cfr. Sentencias de casación Ref. 281C2015, de fecha 13/11/2015 y Ref. 361 C2015 de fecha 25/01/2016); particularmente, cuando se trata de una impugnación formulada por el imputado, en ejercicio del derecho de defensa material, por no tratarse de un especialista en derecho (Cfr. Sentencia de casación Ref. 249C2013, de fecha 28/10/2014).

En línea con el referido criterio, esta Sala ha sostenido en resoluciones precedentes sobre esta temática, la siguiente argumentación: "En casos como el presente, en el que se trata de una condena pronunciada en Primera Instancia, corresponde hacer una interpretación extensiva, de conformidad al Art. 15 del Código Procesal Penal, en el sentido de evitar, dentro de lo legal y razonable, poner límites al ejercicio del derecho a recurrir que le asiste, especialmente, al imputado condenado, para que su fallo y la pena impuesta sean revisados integralmente por un tribunal superior, en este caso por un tribunal de segunda instancia" (Sentencia de casación Ref. 281C2015, de fecha 13/11/2015). -

En el asunto en discusión, al examinar el libelo incoado por el procesado, resulta evidente que éste persigue provocar un nuevo examen de lo resuelto por el Juez sentenciador por parte de un tribunal superior ya que le atribuye la violación de normas legales y convencionales así como una defectuosa motivación probatoria, notándose que de acuerdo al diseño legal, este control corresponde a las Cámaras de segunda instancia, mediante el recurso de apelación tal como lo prescriben los Arts. 468 y 469 Pr. Pn.; de modo que pese al error advertido en su denominación, sustancialmente, por su finalidad, contenido y por su objeto de impugnación va dirigido, se trata de un recurso de alzada que debe ser examinado por una Cámara con competencia penal.

Como corolario de lo apuntado, en casos decididos con anterioridad se ha dado aplicación al Art. 14 Inc. 1° CPCM, reconduciendo la pretensión recursiva al

operador de justicia encargado de conocer del recurso de apelación conforme al Art. 51 Pr. Pn., con la finalidad que dé el trámite correspondiente al escrito planteado, posibilitando el acceso a la vía recursiva al imputado condenado.

Ahora bien, en el asunto discutido, de acuerdo a las reglas de competencia territorial y material, el tribunal que debe conocer de las apelaciones dirigidas contra los fallos del Tribunal de Sentencia de Zacatecoluca es la Cámara de la Tercera Sección del Centro, radicada en la ciudad de San Vicente. En consecuencia, corresponde declarar la inadmisibilidad del recurso interpuesto en la vía casacional, y a su vez, ordenar que se remita al colegiado de segunda instancia recién designado para que resuelva conforme a derecho."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 193C2016, fecha de la resolución: 25/10/2016*

## INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA ECONÓMICA

ALIMENTOS CONSTITUYEN UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS MENORES

"En un preámbulo introductorio relacionado con la temática planteada por el casacionista, esta Sala estima oportuno hacer referencia a ciertos aspectos relevantes para el desarrollo de la presente resolución, que a continuación se mencionan.

En primer lugar, el Código de Familia en el Art. 8 establece: *"...la interpretación y aplicación de las disposiciones del Código deberán hacerse en armonía con sus principios rectores y con los principios generales del derecho de familia, en la forma que mejor garantice la eficacia de los derechos establecidos en la Constitución de la República y en los tratados y convenciones Internacionales ratificados por El Salvador..."*.

Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño, contiene los más importantes derechos humanos de la niñez. Dado que reconoce tanto los derechos civiles, como los derechos económicos, sociales y culturales que requiere la niñez para la supervivencia y desarrollo integral, e impone a los Estados firmantes, la obligación jurídica de promoverlos, respetarlos de manera especial, bajo toda circunstancia y sin hacer distinciones de ninguna naturaleza.

Asimismo, el Art. 18 de la referida Convención ordena: "...Los Estados partes, pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño...".

En el mismo sentido, el Art. 3 del mismo cuerpo legal subraya: "...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...".

En ese contexto, los Arts. 12 y 20 de la Ley de Protección Integral de la

Niñez y Adolescencia regulan, el primero, el principio del interés superior de la niña, niño y adolescente, que en lo medular cita: "...Se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad. (...) Incumbe a la madre y padre (...) la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo de la niña, niño o adolescente y su preocupación fundamental será el interés superior de éstos y el Estado lo garantizará...". El segundo, establece el derecho a un nivel de vida digno y adecuado, al respecto se indica: "... Todas las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho de gozar de un nivel de vida adecuado en condiciones de dignidad y goce de sus derechos (...). Este derecho comprende: a) Alimentación nutritiva y balanceada bajo los requerimientos y normativas que las autoridades de salud establezcan; b) Vivienda digna, segura e higiénica, con servicios públicos esenciales como agua potable, alcantarillado y energía eléctrica; c) Vestuario adecuado al clima, limpio y suficiente para sus actividades cotidianas; y d) Recreación y sano esparcimiento...".

La normativa señalada también establece que a los padres u otras personas encargadas del niño, les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. Art. 27 número 2 de la Convención de los Derechos del Niño.

En armonía con las normas citadas, el Art. 353 del Código Familia establece: "...La obligación de dar alimentos es exigible desde que los necesita el alimentario, pero se deberán desde la fecha de la interposición de la demanda...". Y es que, en el caso de los alimentos por ser éstos indispensables para la vida del alimentario, su necesidad es apremiante y urgente, por ello, se pueden exigir desde que se necesitan, y el alimentante está obligado a proporcionarlos desde la fecha en que se interpone la demanda.

Los alimentos constituyen un derecho fundamental de los menores, a ello responde que la obligación alimenticia encierra un profundo sentido ético pues significa la preservación de la vida y se basa en el sentido de solidaridad que tienen los miembros de la familia y de la sociedad humana, dado que de todos los seres vivientes de la tierra, el humano es el más desvalido y el que permanece mayor tiempo sin bastarse a sí mismo para subsistir. El infante para vivir necesita alimentos, abrigo, techo e innúmeras atenciones desde su nacimiento y durante los años que dura su formación integral. (Unidad Técnica Ejecutora U.T.E., Documento Base y Exposición de Motivo del Código de Familia, Tomo II, Iª Edición 1994, Págs. 690, 691)."

PAPEL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA COMO GARANTE DE LOS DERECHOS EN MATERIA DE FAMILIA

"Ahora bien, sentados los postulados que anteceden, para delimitar el aspecto central cuestionado por el recurrente con relación al cumplimiento de la condición de procesabilidad establecida en el Art. 201 Pn., que reza: *"...la acción penal para los casos del inciso primero del presente artículo, sólo podrá ser ejer-*

*cida una vez se hayan agotado los mecanismos administrativos en materia de derecho de familia...";* resulta de vital importancia analizar cuál es el papel de la Procuraduría General de la República como garante de los derechos en materia de familia.

En ese sentido, la Constitución de la República en su Art. 194 No. 1°, establece el deber que atañe al Procurador General de la República, cual es, el velar por la defensa de la familia y de las personas e intereses de los menores y demás incapaces. Lo anterior, tiene correspondencia con lo regulado en el Art. 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que dice: "...Art. 3. Corresponde a la Procuraduría General de la República, promover y atender con equidad de género la defensa de la familia, de las personas e intereses de los menores, incapaces y adultos mayores; conceder asistencia legal, atención psicosocial de carácter preventivo y servicios de mediación y conciliación; representar judicial y extrajudicialmente a las personas, especialmente de escasos recursos económicos en defensa de la libertad individual, de los derechos laborales, de familia y derechos reales y personales...".

Previo a sentar las siguientes posturas, es necesario aclarar que en virtud que el reclamo efectuado por la señora [...], del cumplimiento de la obligación alimenticia en sede de la Procuraduría General de República inició en el año dos mil seis, y su último movimiento en dicho trámite fue en el año dos mil diez, es que ha sido aplicable al caso concreto tanto la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República derogada (2000) y la vigente (2008).

Así las cosas, tanto en la normativa derogada como en la vigente se encontraba regulado el proceso administrativo para fijar, aumentar, disminuir y cesar la cuota alimenticia, para lo cual existen dos clases de soluciones: 1°) Mediante acuerdo de las partes producto de la conciliación; y, 2°) Si no hay acuerdo, se debe continuar con el procedimiento que culmina con una resolución administrativa.

En ese orden de ideas, se tiene que desde el Art. 62 al 70 de la mencionada ley vigente se encuentra determinado el capítulo atinente a los procedimientos de familia, específicamente el de fijación, modificación o cesación de cuota alimenticia, siendo en este punto importante destacar que fue bajo este procedimiento que la señora [...], se aboca a la Institución a solicitar que se le fijara al ahora condenado [...], una cuota de alimentos con el que se da origen en el expediente administrativo número 21-F18-2006.

Para una mejor ilustración de dicho trámite, se transcribe el relato sucinto hecho por la Cámara: […]"."

CUALQUIER PROCEDIMIENTO DE FAMILIA TRAMITADO EN LA PROCURADURÍA DEBE SER CONSIDERADO UNO DE LOS MECANISMOS ADMINISTRATIVOS QUE CONSTITUYEN EL REQUISITO DE PROCESABILIDAD PARA INICIAR LA ACCIÓN PENAL

"De lo expuesto *ut supra,* esta Sala constata que, según expediente administrativo de fijación de cuota alimenticia, llevado en sede de la Procuraduría General de la República por la señora [...], en contra del imputado [...], se llegó al acuerdo del pago de una cuota mensual de ochenta dólares para la manutención de su hija menor de edad, mismo que incumplió deliberadamente desde el año 2006; siendo que en el año dos mil diez nuevamente la señora M., solicita

asistencia legal por el incumplimiento del acuerdo, habiendo sido requerida la comparecencia del señor R. H., en diferentes ocasiones para que manifestara el motivo de su proceder sin que éste se pronunciara de modo alguno.

En atención a lo acotado, pertinente es también resaltar que el Art. 101 L.O.P.G.R., establece que los Procedimientos ventilados en la Procuraduría son de carácter administrativo y las resoluciones que resuelven los conflictos ventilados en dicha instancia son legalmente vinculantes mientras no exista resolución judicial. En ese contexto, tomando en cuenta que la Procuraduría General de la República por mandato Constitucional, Art. 194 Cn., y según lo determina el Art. 400 del Código de Familia, se encuentra como una de las instituciones protectoras de la familia, personas adultas mayores y menores de edad, es válido afirmar que cualquier procedimiento de familia tramitado en la referida sede debe ser considerado uno de los mecanismos administrativos que señala el Art. 201 del Código Penal, y que se exige su agotamiento para iniciar la acción penal."

EFECTO: DESESTIMACIÓN DEL MOTIVO ALEGADO POR LA DEFENSA ANTE INCUMPLIMIENTO DELIBERADO POR PARTE DEL IMPUTADO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN SEDE ADMINISTRATIVA

"En congruencia con lo expuesto a lo largo de esta resolución, resulta evidente para este Tribunal que, contrario a lo manifestado por la parte recurrente, sí fueron agotados los mecanismos administrativos en materia de familia que constituyen el requisito de procesabilidad exigido en el Art. 201 Inc. final del Código Penal, para iniciar la correspondiente acción penal. Agotamiento que fue realizado al amparo de lo regulado en el Art. 28 No. 3 de la L.O.P.G.R, por ser una de las funciones de la Unidad de Defensa de la Familia, Niñez y Adolescencia: *"...Verificar el cumplimiento de la obligación de alimentos y el destino de dicha pensión en beneficio de las personas alimentarias y gestionar administrativamente o judicialmente el pago de la misma...";* en ese sentido, al constatar dicha institución que el señor [...], incumplió deliberadamente su deber de asistencia económica, al no realizar el pago de la obligación acordada, sin expresar motivo alguno de su conducta, no obstante habérsele brindado la oportunidad para que lo manifestara mediante citas reiteradas por la Procuraduría, se deja por establecido que se verificó el cumplimiento de dichos mecanismos para la ejecución de su obligación.

De consiguiente, al no configurarse el motivo invocado procede su desestimación, y se mantiene incólume la sentencia impugnada."
*Sala de lo Penal, número de referencia: 77C2016, fecha de la resolución: 07/07/2016*

## INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

DIFERENCIAS APLICABLES ENTRE LOS TÉRMINOS NULIDAD Y EXCLUSIÓN PROBATORIA

"UNO. A criterio del recurrente, la Cámara no se pronunció respecto al tema

de la ilicitud de la intervención telefónica. En ese sentido, se hace necesario revisar el contenido de la decisión de alzada, a efecto de verificar la procedencia de tal reclamo. Sobre ello, la Cámara sostuvo: "No obstante, al margen de las disquisiciones que puedan hacerse sobre la legalidad de la incorporación y valoración del referido medio de prueba, esta cámara prefiere atender al principio de trascendencia de la "nulidad", en el sentido que no resulta legítimo anular un acto que no sido determinante en la decisión judicial; o sea que para no incurrir en la defenestrada "nulidad por la nulidad" se deben declarar nulos aquellos actos que son trascendentes por ser violatorios de derechos fundamentales, o aquellos que afectan formalidades insalvables y han sido denunciados oportunamente.

(...) En ese orden de ideas, y aunque el impetrante alegue que la prueba en comento tiene un valor decisivo en el fallo judicial, esta curia estima que realmente no lo es por las siguientes razones:

Si bien es cierto que las intervenciones telefónicas se hicieron en el marco de una investigación criminal dirigida hacia una persona distinta a los imputados; cierto es, también, que dentro del área de esas intervenciones los encausados no habían sido individualizados; por lo que la información obtenida de esa manera fue útil como una notitia criminis de sus actos, que conllevó a la vigilancia de la vivienda de la persona que estaba siendo intervenida telefónicamente; y, como consecuencia de ello, resultó la captura de los actualmente condenados; es decir, que este último acto fue una cuestión meramente circunstancial.

A efecto de verificar la trascendencia de la intervención telefónica en la captura de los procesados, hemos de tomar en cuenta, como ya lo expusimos, que dicha forma de indagación solo fue útil como un acto inicial de investigación en cuanto al actuar de los encausados, lo que no es ilegal ni ilegitimo pues la notitia criminis puede llegar hasta los órganos persecutores de distintas formas, hasta de manera anónima; por ende, la forma en que la agencia policial obtuvo la información sobre el potencial actuar delictivo de los imputados no se reputa como ilegal.

C. De igual manera, el medio de prueba sometido a cuestionamiento no tiene la trascendencia alegada, puesto que al hacer heurística y excluir mental e hipotéticamente ese medio de prueba el resultado de la decisión judicial resulta ser similar al que se obtuvo; ya que, es innegable la presencia de los justiciables en el momento y lugar de cometimiento del delito en estudio; y, además, tal y como lo hemos señalado en los considerandos I y II de esta sentencia, el dolo en la conducta delictiva de […] se ha construido a partir de haber conducido el vehículo en el que la droga era transportada; así como la coautoría en su forma de intervención criminal; todo esto al margen de los elementos de prueba que contiene la intervención telefónica; ergo, ésta resulta ser intrascendente para que la juzgadora a quo haya llegado al fallo condenatorio (...)". (Sic).

DOS. De las acotaciones de la Cámara, se advierte lo siguiente:

El tribunal de alzada era consciente del planteamiento de la defensa técnica atinente a la ilicitud de la intervención de las telecomunicaciones; sin embargo, al margen de esa circunstancia, prefirió enfocarse en la "trascendencia de la nulidad" (Sic).

También aludió al hecho que la intervención telefónica se realizó en el ámbi-

to de una investigación dirigida hacia una persona distinta a los procesados y la información obtenida de tal actuación sirvió de noticia criminal respecto de estos últimos.

3) Además, haciendo un ejercicio de exclusión mental hipotética de la información obtenida de la intervención telefónica, el curso de la decisión no habría cambiado, porque el dolo y la coautoría del imputado […] se ha construido a partir de otros elementos probatorios, por lo que la misma es intrascendente.

TRES. La defensa técnica alegó en su apelación, la posible ilicitud de la intervención telefónica por violación al derecho a la inviolabilidad de las telecomunicaciones de su defendido, en el sentido que la intervención telefónica no era dirigida contra él, sino contra el señor […]; sin embargo, de las acotaciones de la Cámara, queda claro que, al margen de haber calificado de no decisivos los elementos probatorios obtenidos de la intervención telefónica, omitió pronunciarse sobre el punto de la ilicitud de dicha prueba por posible violación al derecho a la inviolabilidad de las telecomunicaciones del imputado […].

CUATRO. Advertido lo anterior, habrá de estimarse si el mismo pudo haber causado un perjuicio al recurrente. Debido a que se trata de razonamientos que tienen que ver con la licitud o ilicitud de la evidencia recabada y utilizada para sustentar la confirmación de la sentencia condenatoria de primera instancia, habrá que determinar el impacto que la respuesta habría tenido en la parte dispositiva del fallo, luego de hacer un ejercicio de inclusión mental hipotética, a efecto de establecer si la respuesta a ese planteamiento pudo variar el curso de la decisión de alzada.

CINCO. En ese orden de ideas, como punto de partida, los suscritos consideran que la Cámara ha incurrido en imprecisiones terminológicas, común en la jerga de la praxis judicial, confundiendo los términos nulidad (arts. 345-349 Pr.Pn) y exclusión probatoria (art. 175 inc. 2 Pr.Pn), siendo figuras totalmente diferentes. No obstante, cabe decir, que ambas -tratándose del supuesto de nulidad absoluta del art. 346 N° 7 Pr.Pn- tienen como punto de convergencia la inobservancia de los derechos fundamentales de la persona; sin embargo, ambas instituciones tienen ámbitos de aplicación diferentes; para el caso de la nulidad procesal, recae sobre actos procesales; por su parte, la exclusión probatoria recae sobre la actividad de obtención de la prueba.

La nulidad, busca corregir vicios que suceden durante la tramitación de un acto del proceso en el que se toma una decisión judicial, especialmente relativa a una etapa del proceso. Cuando la decisión o el acto se realizan contra legem, o en forma no regulada, y violatoria de derechos y garantías, causando un efectivo perjuicio que no pueda subsanarse de otro modo, la decisión o el acto judicial se deja sin valor y se repone. Pero cuando se trata de un acto cuya finalidad es la recolección de prueba o evidencia, y este acto está viciado, no se anula el proceso sino que se excluyen de valoración los elementos de convicción así recabados.

SEIS. Aplicando esa acotación al caso que nos ocupa, es obvio que la actividad de intervención telefónica constituye un acto de obtención de información probatoria, por lo que en caso de inobservancia de algún derecho fundamental en la práctica de ese acto, constituiría prueba ilícita, y si se dan los presupuestos, la información puede ser excluida, no anulada."

EL JUZGADOR DEBE ESPECIFICAR MEDIANTE RESOLUCIÓN LA AUTORIZACIÓN DE INTERVENCIÓN TELEFÓNICA AL TENOR DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

"SIETE. Aclarado lo anterior, es necesario verificar si la información obtenida de la intervención telefónica constituye prueba ilícita. En esa tónica, es pertinente acotar que, uno de los ejes rectores que informan en materia de intervención de las telecomunicaciones es el principio de especialidad, en virtud del cual, la resolución que autorice la intervención de una telecomunicación debe especificar el hecho que se está investigando, su adecuación típica, la persona afectada, la terminal telefónica a intervenir y el tiempo que durará esa autorización. Al margen del cumplimiento de dicho principio, en el desarrollo de la intervención telefónica puede surgir información concerniente a delitos en flagrancia o no y personas distintos al objeto para el que originalmente fue autorizada; a esta clase de información es a la que se cataloga como hallazgos o descubrimientos casuales".

ASPECTOS POLÉMICOS SOBRE LOS HALLAZGOS CASUALES

"OCHO. El tema de los hallazgos casuales es uno de los aspectos más polémicos en materia de intervención de telecomunicaciones, desde distintas aristas, tales como: a) si atenta contra la inviolabilidad de las telecomunicaciones de personas no consignadas en la orden judicial; b) si la información obtenida puede ser utilizada en otro proceso penal para generar convicción o solo puede ser utilizada como noticia criminal. Las soluciones al respecto, no son pacíficas; sin embargo, dependerá de cada caso en concreto, atendiendo a la gama de situaciones que pueden suscitarse, para el caso:

"a) Inicialmente se autorizó la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones a fin de investigar un delito en concreto y durante el transcurso de la investigación aparece otro distinto pero íntimamente relacionado con el primero. Se trata de descubrimientos causales que provienen del imputado, pero sobre otros hechos delictivos no investigados, por ejemplo la intervención inició por el delito de tráfico de drogas pero, dentro de esta se estableció que también se estaba dando de forma relacionada, el delito de legitimación de capitales. Dada la conexión entre estos dos tipo de delito no es necesaria un ampliación de la orden de intervención, pues para ambas delincuencias están permitidas este tipo de intromisión. Aunque por estrategia investigativa, el Ministerio Público podría estar interesado en que las causas se lleven de forma separada.

Los nuevos hechos delictivos, se encuentran dentro de los tipos penales por los cuales se permite una intervención telefónica, pero no están relacionados con la investigación inicial. En este caso, el juez deberá ampliar la misma y de esta manera legitimar la imposición de esas escuchas, pues de acuerdo con el principio de especialidad del hecho delictivo y fundamentación debe motivarse las razones de necesidad y proporcionalidad de investigar esos nuevos hechos

a través de este instrumento (...).

Los nuevos hechos delictivos, no están dentro de la lista que la ley permite investigar a través de las intervenciones telefónicas, estén estos relacionados o no con el delito inicialmente investigado.

d) Hechos delictivos de terceros, que no son el imputado ni sujeto pasivo de la medida, pero sobre el hecho investigado. Se trata entonces del descubrimiento de hechos delictivos nuevos, los cuales no están incluidos en la orden de intervención y que son revelados en el transcurso de la intervención telefónica. Dado que no están inmersos dentro de la lista de delitos susceptibles de ser intervenidos, no es posible tenerlos por incluidos dentro de la orden original ni, ampliar la misma u ordenar una nueva". (Gullock V. , Rafael: "Las intervenciones telefónicas: con jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, Sala Tercera, Tribunal de Casación Penal, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Español, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", 1. Ed, 2008, Heredia, San Joaquín de Flores: Escuela Judicial, 2008, págs.. 76 y 77).

Al margen de los supuestos que se presenten, "(...) habrá que establecer el grado de conexidad necesario entre el hecho investigado y el hecho delictivo descubierto casualmente, imputable al propio sujeto pasivo o a un tercero, con el fin de que las escuchas telefónicas puedan ser utilizadas como prueba. En los casos que no es posible la utilización de las fuentes de prueba obtenidas a través de las intervenciones telefónicas, en un proceso distinto al que se obtienen y servirán esos hallazgos casuales como notitia criminis, que puede dar como resultado la apertura de una nueva investigación". (Gullock V. , Rafael; Op cit, Págs. 79 y 80)."

TRATAMIENTO SOBRE DELITOS CONEXOS Y DE DESCUBRIMIENTO CASUAL DE OTROS DELITOS POR DISPOSICIÓN DE LEY

"NUEVE. Sobre el particular, el art. 22 de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones -en los sucesivo LEIT-, bajo el acápite Validez en Caso de Delitos Conexos y Descubrimiento Casual de Otros Delitos, reza: "Si durante la intervención de las telecomunicaciones se descubre la comisión de delitos conexos a los delitos investigados que le dieron origen, la prueba obtenida será valorada de conformidad a las reglas de la sana critica.

Si mediante la intervención de las telecomunicaciones se descubre casualmente la comisión de otros delitos objeto de la presente Ley, se podrá solicitar ampliación de la autorización judicial respecto de los mismos, dentro de las setenta y dos horas siguientes a partir del registro de la telecomunicación; debiendo aplicarse en todo caso lo prescrito en el Código Procesal Penal en cuanto a la legalidad de la prueba.

De ser procedente, el juez dictará resolución motivada sobre la procedencia de la ampliación de la medida y valorará la acumulación de los expedientes de intervención o su tramitación separada, en todo caso ante su misma autoridad.

No tendrá validez como prueba la información obtenida respecto de delitos excluidos totalmente de la aplicación de la presente Ley y que no sean conexos,

la cual únicamente servirá como noticia criminal".

En la referida disposición, se regula el tratamiento de los casos de delitos conexos y descubrimiento casual de otros delitos, en los siguientes términos:

Si durante la intervención de las telecomunicaciones se descubren delitos conexos a los que motivaron la medida, la información será valorada conforme a las reglas de la sana crítica. Sobre el término delitos conexos, el art. 5 lit 16) de la LEIT establece una definición funcional a los efectos de esa ley, en los siguientes términos: "(...) A los efectos de este numeral se entiende como conexo aquel delito cometido para perpetrar o facilitar la comisión de otro de los previstos anteriormente o para procurar al culpable o a otros el provecho o la impunidad" (Sic).

Dicho supuesto no encaja en el caso que nos ocupa, pues, no se evidencia que el hecho atribuido al imputado […], haya sido cometido para perpetrar o facilitar la comisión de los delitos de Tráfico Ilícito y Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, por los que se autorizó la intervención de sus telecomunicaciones; ni tampoco para obtener un provecho o la impunidad de la persona contra la que se autorizó la misma.

Si se descubren otros delitos objeto de la LEIT, se podrá solicitar ampliación de la intervención, debiendo valorarse la acumulación de los expedientes. En el caso que nos ocupa, la intervención telefónica, se suscitó en el contexto de la investigación penal por los delitos de Tráfico Ilícito y Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas; sin embargo, posteriormente se amplió a los delitos de Robo y Hurto Agravado, bajo la modalidad de crimen organizado (art. 5 lit 14) LEIT); Proposición y Conspiración para la Defraudación al Fisco, Evasión de Impuestos, Reintegros, Devoluciones, Compensaciones o Acreditamientos Indebidos, bajo la modalidad de crimen organizado (art. 5 lit 14) LEIT); Cohecho Activo y Cohecho Propio (art. 5 lit 7) LEIT); los cuales forman parte del catálogo de delitos objeto de la LEIT.

c) Si los delitos están totalmente excluidos del ámbito de aplicación de la LEIT y no son conexos, únicamente servirá de noticia criminal. Esta causal no aplica al caso bajo estudio, porque el delito de Tráfico Ilícito forma parte del catálogo de delitos del art. 5 de la LEIT.

De ahí que, ninguna de las anteriores situaciones se adecue al caso objeto de estudio."

INEXISTENCIA DE AFECTACIÓN A LA INVIOLABILIDAD DE TELECOMUNICACIÓN, CUANDO UNO DE LOS INTERLOCUTORES TENGA INTERVENIDA SU TERMINAL POR ORDEN JUDICIAL

"DIEZ. En el caso que nos ocupa, la intervención telefónica, se suscitó en el contexto de la investigación penal por los delitos de Tráfico Ilícito y Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas; y ampliada posteriormente a la investigación de los delitos de Robo y Hurto Agravado, bajo la modalidad de crimen organizado; Proposición y Conspiración para la Defraudación al Fisco, Evasión de Impuestos, Reintegros, Devoluciones, Compensaciones o Acreditamientos Indebidos, bajo la modalidad de crimen organizado; Cohecho Activo y Cohecho Propio; en contra de los investigados […].

ONCE. El contenido de dicha intervención telefónica fue utilizado en el pro-

ceso penal instruido contra el imputado […], por los delitos de Tráfico Ilícito y Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, en el Juzgado Especializado de Instrucción de San Salvador. Asimismo, el contenido de esa misma intervención, es el que se ha utilizado en el proceso penal instruido contra los imputados […], en el Juzgado de Instrucción de Chalchuapa, Santa Ana, y el Tribunal Segundo de Sentencia de la misma ciudad.

DOCE. Con base en lo anterior, el recurrente sostiene la ilicitud de la intervención telefónica por vulneración al derecho de la inviolabilidad de las telecomunicaciones de terceras personas, en el sentido que, ni la autorización original ni su ampliación consignan a esos terceros, entre ellos los imputados […], quien era uno de los interlocutores que aparecía en las comunicaciones intervenidas al imputado […].

TRECE. Ciertamente que, el imputado […] no es de la gama de sujetos contra quienes se ordenó la intervención telefónica originalmente ni en su ampliación; pues, en la transcripción de la intervención telefónica relacionada al imputado […], se alude a dos sujetos, los cuales no estaban comprendidos entre las personas contra los que se estaba practicando la intervención telefónica; sino que surgen durante comunicaciones telefónicas intervenidas, entre el imputado […] interlocutores. Diferente es el caso del señor […] -quien es el denominador común en ambos procesos, relacionados a delitos de droga (el primero, tramitado en la competencia especializada; el segundo, en la competencia común)-; ya que, él está contemplado entre los sujetos contra los que se ordenó la intervención telefónica.

CATORCE. Ahora bien, respecto de los interlocutores que puedan tener comunicación con el interlocutor intervenido, es importante destacar que, “Si bien el tema es una consecuencia ínsita en el medio de recolección de elementos buscados que es la vía de las telecomunicaciones, más precisamente del teléfono que por su estructura técnica permite que no sólo el afectado sea interceptado y grabado sino también todos los que se comunican con él (...)”. (Carbone, Carlos Alberto: “Requisitos Constitucionales de las Intervenciones Telefónicas”, 1. Ed, 2008, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 370); pues, “(...) el propio legislador constitucional vislumbró restricciones al derecho del secreto de comunicación, no de modo expreso, claro está, para las cuales no se podría contar con los requisitos de la intervención indiciaria, ni de la especialidad ni de la proporcionalidad.

Y el primer ejemplo surge de la propia norma que autoriza las intervenciones telefónicas o de la correspondencia: dada la naturaleza comunicacional del medio que se interviene y enlaza por lo menos a dos sujetos, el que habla y escucha y viceversa a través del teléfono, o al que escribe una carta y a quien la lee, el legislador implícitamente consideró que por ello era inevitable restringir el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia en sentido lato de cualquier interlocutor telefónico (hijos, amigos, colegas del sospechoso) o del despachante de la carta sin que sean siquiera sospechosos de cometer delito alguno. Y no parece aconsejable que apenas surjan estos diálogos aparentemente desvinculados del objeto de la intervención ésta se paralice o interrumpa para evitar la restricción de la libertad comunicacional de personas ajenas al caso, ya que no puede descartarse que hablen en clave, o sean utilizados por el sospechoso como meros instrumentos, por ejemplo para trasladar un paquete que contiene sustancias

estupefacientes sin saberlo. Es lo que se conoce como restricción inevitable.

Esta restricción está pergeñada también originalmente en el legislador, imbricada en la potestad de interceptar o intervenir comunicaciones postales y telefónicas en razón de la naturaleza del medio de comunicación objeto de la intromisión legitimada constitucionalmente". (Carbone, Carlos Alberto; op cit, págs. 395 y 396).

QUINCE. De ahí que, por la propia naturaleza de la intervención telefónica, la cual conlleva la participación de al menos dos interlocutores, en caso que uno de ellos tenga intervenida su terminal telefónica mediante una orden judicial que así lo autorice, el otro u otros interlocutores que tengan comunicación con la persona intervenida telefónicamente, de forma inevitable verán afectado su derecho a la inviolabilidad a las telecomunicaciones. En ese sentido, al ser la persona nominada como […], uno de los interlocutores con los que mantenía comunicación el señor […] (interlocutor intervenido), respecto de él, no hay afectación ilegitima a la inviolabilidad de sus telecomunicaciones.

DIECISÉIS. En el caso que nos ocupa, no se advierte la obtención de prueba ilícita producto de la referida intervención telefónica; pues, ha mediado una orden judicial que la autorizaba, dirigida contra […], quien era investigado por el delito de tráfico ilícito, y en unas de sus conversaciones intervenidas -tal y como se desprende del contexto en que se suscitaron los hallazgos descritos en la transcripción de las intervenciones telefónicas-, se puede denotar que relaciona a dos sujetos, los cuales no estaban contemplados en el grupo de personas contra los que se había autorizado la intervención telefónica; sin embargo, se puede inferir que eran parte de una estructura o plan criminal al que pertenecía o del que formaba parte el imputado […] de los interlocutores relacionados en las intervenciones telefónicas, de los que no se tuvo conocimiento al momento de autorizarla ni de ampliarla, lo que es entendible, si tomamos en cuenta la complejidad de las actividades del tráfico ilícito de droga y la mutabilidad de los miembros de las estructuras que se dedican a ese tipo de actividades. De ahí que, la información obtenida de la intervención telefónica es lícita.

DIECISIETE. En consecuencia, haciendo un ejercicio de inclusión mental hipotética del resultado del análisis de ilicitud de la intervención telefónica, incluyéndolo en la motivación de la Cámara, el resultado no habría variado, porque la información obtenida de la intervención telefónica es lícita; por lo que no lleva la razón el recurrente."

CORRECTA VALORACIÓN NEGATIVA DE LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL POR NO CONSTITUIRSE COMO UN MEDIO DE PRUEBA

"UNO. A criterio del recurrente, la Cámara no se pronunció respecto al motivo de su recurso de apelación en el que criticaba el hecho que la jueza de sentencia no valoró la confesión rendida por el imputado […], la cual desacredita la coautoría atribuida al imputado […]. En ese sentido, se hace necesario revisar el contenido de la decisión de alzada, a efecto de verificar la procedencia de tal reclamo. Sobre ello, la Cámara sostuvo:

[1. Con el propósito de examinar si el apelante lleva la razón en su queja

hemos de transcribir lo pertinente a este asunto:

Consta […] que la jueza a quo describió la declaración rendida por el imputado […]; y, a partir de esa foja y la siguiente nos proporciona detalladamente las razones por las que no calificó como confesión la referida declaración; y, también porque no le merece credibilidad lo manifestado por ese imputado. En tal sentido, no es cierto lo alegado por el defensor, puesto que la sentenciadora sí valoró la declaración del señor […], y la ponderó de tal manera que su valoración fue negativa, porque, como ya expusimos, no le confirió la calidad de confesión; por ello, dicha deposición no pasó de ser un simple medio defensa y no alcanzó a constituir un medio de prueba] (Sic). Posteriormente continúa transcribiendo las razones por las que la jueza de sentencia no calificó como una confesión la versión del imputado […].

DOS. De las acotaciones de la Cámara, se logra advertir que, no es cierto lo manifestado por el recurrente, pues el tribunal de alzada si se pronunció respecto al motivo de apelación atinente a la supuesta no valoración de la versión del imputado […], aduciendo a las razones por las que consideró que la jueza de primera instancia sí valoró esa información; lo que atendiendo al ámbito de aplicación del motivo alegado en segunda instancia, la respuesta de la Cámara es coherente a lo planteado en aquel; por lo que no es de recibo el reclamo formulado por el casacionista."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 128C2016, fecha de la resolución: 15/12/2016*

ASPECTOS GENERALES DEL RECURSO DE CASACIÓN

"PRIMERO**.-** A solicitud de la Fiscalía General de la República, el Juzgado Noveno de Instrucción de San Salvador dictó resolución a las dieciséis horas del día veintitrés de diciembre del año dos mil quince en la que autorizaba la intervención de telecomunicaciones para la indagación del ilícito de Homicidio Agravado; con posterioridad, por medio de auto de las catorce horas y treinta minutos del día ocho de enero del año en curso, se amplió el ámbito a los tipos de Extorsión Agravada y Proposición y Conspiración en el Delito de Homicidio Agravado. Asimismo, mediante informe de fecha veinticinco de enero del corriente año, se hizo saber a la juzgadora, que se habían encontrado datos sobre otros hechos delictivos en las comunicaciones intervenidas; pidiéndole que se autorizara su utilización por considerar que se trataba de un *"hallazgo casual",* sin necesidad de tramitar una nueva solicitud de ampliación. No obstante, el Juzgado antes mencionado, según auto de fecha veintiocho de enero del corriente año, le indicó a la agencia fiscal que no se podía entender que los nuevos hechos detectados estuviesen comprendidos en el ámbito autorizado por el auto de ampliación del día ocho de enero del corriente año.

Inconforme con esta decisión, la Fiscalía interpuso recurso de apelación ante la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, que fue declarado sin lugar; habiéndose confirmado íntegramente la decisión objetada. Posteriormente, la agencia fiscal cuestionó el fallo de la Cámara mediante recurso de revocatoria, que fue declarado inadmisible por falta de impugnabilidad

objetiva, de acuerdo a resolución del día cuatro del mismo mes y año.

SEGUNDO.**-** Del proveído recurrido se extrae el contenido esencial de la parte dispositiva, que reza: *"CONFIRMESE la resolución pronunciada por el Juzgado Noveno de Instrucción de este Distrito Judicial, por medio de la cual no autorizó la intervención telefónica solicitada por el fiscal Froilán Francisco Coto Cabrera" (síc).*

TERCERO**.-** La parte impetrante señala como único motivo de impugnación casacional la *"inobservancia de un precepto de orden legal, consistente en los Arts. 10 inc. 3° y 22 inc. 2° LIT" (sic),* en relación con la causal casacional del Art. 478 N° 1 Pr. Pn.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**1.-** Inicialmente, debe exponerse que el recurso de casación es un control de legalidad, en los supuestos de inobservancia o errónea aplicación de las normas de índole sustantiva o adjetiva, que ha de ceñirse al contenido constitucional del derecho a la protección jurisdiccional, así como a la garantía del debido proceso.

Es oportuno hacer mención al principio de taxatividad en materia de recursos, el cual implica que el ordenamiento jurídico prevé cuáles son los fallos que pueden ser objeto de determinado recurso; por lo que, aquellos proveídos que no han sido abarcados en la regulación legal, carecen del presupuesto de impugnabilidad objetiva. En ese orden, el Art. 479 Pr. Pn. enumera una lista precisa, dentro de la cual se encuentran las sentencias definitivas y los autos que pongan fin al proceso o a la pena, hagan imposible que continúen las actuaciones o que denieguen la extinción de la sanción, toda vez que tales decisiones sean proferidas o confirmadas por el tribunal que conoció en segunda instancia, quedando proscritas las interpretaciones extensivas o analógicas que pretendan incorporar decisiones no comprendidas dentro de esta enumeración."

LEY ESPECIAL REGULA UN ESTRICTO ESCRUTINIO JUDICIAL DE ESTE MECANISMO DE INVESTIGACIÓN PARA EVITAR ABUSOS QUE GENEREN UNA INJERENCIA INDEBIDA SOBRE LA ESFERA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

"En relación al procedimiento de intervención de las telecomunicaciones es oportuno mencionar que éste se encuentra regulado de manera específica en una ley especial, en la que se ha establecido un estricto escrutinio judicial de este mecanismo especial de investigación, para evitar abusos que generen una injerencia indebida sobre la esfera de derechos fundamentales de las personas sobre las que existe sospecha de su participación delictiva.

En el marco de la referida norma especial, el legislador ha contemplado que las decisiones de los Jueces de Instrucción competentes para autorizar y controlar el desarrollo de la intervención de las telecomunicaciones pueden ser objeto de control mediante el recurso de apelación, conforme al Art. 11 LIT, sin estar previsto otro medio impugnaticio en esta clase de diligencias.

**2.-** Habiendo desarrollado los anteriores conceptos, es conveniente contrastarlos con el asunto en discusión, a fin de evaluar si son aplicables al mismo. Ahora bien, de la lectura integral del escrito casacional relacionado en el preám-

bulo de esta proveído, resulta claro que el impetrante cuestiona el proveído de la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, mediante el que se confirmó el auto de denegatoria de la autorización de incluir otros hechos delictivos en el procedimiento de intervención de telecomunicaciones."

NORMATIVA ESPECIAL SÓLO PREVÉ LA POSIBILIDAD DE CONTROLAR LAS DECISIONES JUDICIALES EN ESTE ÁMBITO MEDIANTE RECURSO DE APELACIÓN

"Ahora bien, como se estableció en el fundamento jurídico precedente, la normativa especial que regula la intervención de telecomunicaciones solamente prevé la posibilidad de controlar las decisiones judiciales en este ámbito, mediante el recurso de apelación. No obstante, el recurrente solicita que se apliquen las disposiciones del Código Procesal Penal que regulan la vía casacional, dado que el Art. 50 LIT contiene una cláusula de aplicación supletoria para dar respuesta a casos no previstos. Al respecto, corresponde aclarar que conforme al principio de taxatividad, cuando el legislador ha establecido un determinado recurso para objetar una categoría de resoluciones, mediante precepto expreso, no puede entenderse que haya un vacío legal al no conceder otro recurso. Por el contrario, se trata de una decisión consciente al establecer el sistema de medios de impugnación, como parte de la libertad de configuración del legislador para fijar los alcances del mismo."

DECISIONES REFERENTES A LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ESTE MECANISMO SE ENCUENTRA COMPLETAMENTE ALEJADO DEL ÁMBITO DE CONTROL FIJADO PARA LA CASACIÓN

"En ese sentido, la casación ha sido reservada para los fallos detallados en el Art. 479 Pr. Pn., sin estar facultada esta sede para ampliar por propia iniciativa el ámbito de cognición de este recurso, como pretende el impetrante, ya que es manifiesto que el gestionante no está objetando una sentencia definitiva o uno de aquellos autos que tiene como efecto la terminación del proceso o la imposibilidad de su continuación.

Por el contrario, se trata de una providencia que resuelve una cuestión preprocesal, que se encuentra completamente alejada del ámbito fijado para la casación. Además, esta sede advierte que lo decidido por la Cámara proveyente implica el agotamiento del único recurso legalmente previsto para el control de decisiones referentes a la autorización judicial de este mecanismo especial de investigación."

INADMISIBLE POR FALTA DE IMPUGNABILIDAD OBJETIVA

"En virtud de lo expuesto, al evidenciarse la ausencia del requisito legal de impugnabilidad objetiva, la única consecuencia a tenor de lo dispuesto en el Art. 479 Pr. Pn., es declarar la *inadmisibilidad* del escrito recursivo y devolver las actuaciones a la Cámara de origen.

En cuanto a la petición del gestionante para que se convoque a una audien-

cia oral, a efecto de discutir su memorial recursivo, esta Sala advierte que al rechazarse éste, debido a la ausencia del presupuesto legal de impugnabilidad objetiva, la celebración de una audiencia es innecesaria e inoficiosa.

Finalmente, es oportuno apercibir al agente fiscal promovente, en el sentido que, en asuntos futuros análogos, procure evitar el retraso en la tramitación que se genera al interponer medios impugnaticios no previstos en la ley especial que regula con claridad el procedimiento de intervención de telecomunicaciones, debiendo tener presente la función intrínseca del Ministerio Público en defensa de la legalidad."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 68C2016, fecha de la resolución: 25/05/2016*

## LESIONES AGRAVADAS

EXISTE FALTA DE FUNDAMENTACIÓN POR AUSENCIA DE ANÁLISIS CONCATENADO Y DERIVADO DE ELEMENTOS PROBATORIOS PARA UN ADECUADO JUICIO DE CALIFICACIÓN

**"1.-** La inconforme como motivo de casación por el fondo aduce lo siguiente: *"Errónea aplicación de los preceptos legales contenidos en los los Arts. 145 y 129 Nº 1 Pn precepto legal que contiene el delito de Lesiones Agravadas".*

Señala que el tribunal de alzada consideró que no se cumplían los requisitos objetivos del Art. 45 literal B de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, para adecuar la conducta desplegada por el encartado a ese tipo penal específico, ni tampoco se acreditó que el condenado […], presentara conductas marcadas de odio, menosprecio, rechazo o aversión, que representara rasgos de personalidad misógina y de violencia con visión de género, señalando la representación fiscal que la Cámara desconoce que los actos de violencia a que se refiere la disposición en comento, no exigen que los mismos sean físicos, que se hayan cometido en el mismo acto de la agresión denunciada o que los anteriores hayan sido denunciados, que la víctima fue enfática en manifestar que durante su relación peleaban, que el imputado la maltrataba, que no lo denunciaba porque no quería verlo preso, hechos incriminatorios que son constantes durante la investigación los cuales fueron expresados a la psicóloga forense y trabajador social concluyendo este último que la víctima estaba inmersa en círculo progresivo de violencia que era ejercida por el imputado, actuaciones que podrían enmarcarse dentro de algunos tipos de violencia que establece el Art. 9 de la ley especial.

Asimismo, la peticionaria indica que el proveído no logra concatenar la premisa fáctica con la jurídica, estimando que en el juicio desfilaron los elementos de prueba suficientes para aportar datos objetivos al juzgador para acreditar el elemento volitivo y cognoscitivo del dolo de matar y los elementos distintos del dolo consistentes en los motivos de odio y menosprecio hacia su mujer que rigen el actuar del imputado, y los factores externos que interrumpen el curso causal de la conducta del indiciado, los cuales están bajo su dominio y control, a partir

de ello, el juicio de tipicidad debió conducir a la aplicación de la norma contenida en el Art. 45 literales a) y c) de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres relación con el Art. 24 Pn.

**2.-** Al respecto, esta Sala advierte que tanto el *A quo* como el *Ad quem* en sus respectivos proveídos, realizan un análisis de tipo, tomando en consideración los hechos posteriores a la comisión del delito, estimando que el imputado si hubiese querido ocasionar la muerte de la víctima lo habría hecho por cuanto éste la tuvo a su disposición, desde la una de la tarde que llega a la casa de […], hasta el siguiente día, señalando segunda instancia […] que era evidente que tanto imputado y víctima pasaron la noche en que ocurrieron los hechos en casa […].

Obsérvese de lo anterior que […], segunda instancia hace referencia a las acciones de defensa de la víctima y señala básicamente que *"ni las acciones... como la presencia de otras personas hubiesen impedido la realización de la consumación del acto de quitarle la vida"* a la ofendida, es decir, que el tribunal de alzada sí reconoce que la intensión del encartado no se consumó por las maniobras de defensa de la víctima, además, en el mismo folio citado retoma los parámetros del *A quo* en la fundamentación de su proveído en donde se afirma que el autor puso en marcha el plan previsto, indicando que el hecho no se consumó por causas independientes a su voluntad.

En tal sentido, en la relación de la sentencia se alude a un dispositivo amplificador del tipo, descripto en el Art. 24 Pn., el que dispone: "Hay delito imperfecto o tentado, cuando el agente, con el fin de perpetrar un delito, da comienzo o practica todos los actos tendientes a su ejecución por actos directos o apropiados para lograr su consumación y ésta no se produce por causas extrañas al agente".

Nótese que el precepto en cita hace referencia a causas extrañas al agente, que es a lo que refiere el Ad quem a Fs. 22 Vto., párrafo 3º cuando relaciona lo siguiente: "el autor no obstante al haber puesto en marcha el plan previsto, el hecho no se consuma por causas independientes a su voluntad".

Sin embargo, y no obstante lo mencionado *supra,* la Cámara avala los razonamientos del *A quo* en el sentido que el imputado únicamente debe responder por los hechos consumados, es decir, por aquellas lesiones que presenta la víctima, y que han sido relacionadas en el proveído del *Ad quem* […]; tal consideración es propia de los supuestos del Art. 26 Pn., pues, se está penalizando al incoado por los hechos consumados, obviando lo dispuesto en el Art. 4 Pn., en relación con el Art. 144 Pr. Pn., que conlleva la obligación de efectuar -por el juzgador- un análisis conforme a las reglas de la sana crítica, sobre la dirección de la voluntad del incoado, lo cual en la sentencia que se controla resulta contradictorio, ya que no fue el procesado quien evitó producir un daño mayor al causado, sino la acción defensiva de la víctima al momento del hecho.

Por otro lado, si bien existió una ruptura en la continuidad de la acción el dolo como elemento subjetivo, debió ser analizado sobre la base del hecho primario; es decir, el momento en que el incoado asesto las lesiones en la humanidad de la víctima, las que tal como se desprenden de la sentencia […] cuando se relaciona el reconocimiento médico forense realizado por la doctora […] en su calidad de perito adscrita al Instituto de Medicina Legal de San Miguel, se

determina lo siguiente:

"...[en] miembro superior, antebrazo derecho, región dorsal en tercio distal se observan dos cicatrices hipertróficas paralelas entre sí con una longitud de siete centímetros cada una, región dorsal externa de mano derecha y articulación proxímal del quinto dedo, se observa cicatriz hipertrófica de siete centímetros de longitud, además hay imposibilidad de flexionar el quinto dedo, cara dorsal del cuarto dedo a nivel del tercio medial una cicatriz hipertrófica de tres centímetros de longitud imposibilidad de flexionar el dedo en la falange medial, miembro superior izquierdo a nivel de mano izquierda cara palmar externa en tercio distal hay cicatriz hipertrófica de seis centímetros de longitud.." (Sic.).

Es de mencionar, que conforme a la prueba señalada en el proveído […], la Cámara relaciona al testigo […] y obtiene como circunstancia: Que […] le tiraba machetazos [a la víctima a la cara] y que esta metía las manos y salió huyendo de la casa hacia otro lado del corredor.

Como puede advertirse la conclusión del *Ad quem,* no se encuentra debidamente fundamentada, pues, el resultado al que arribó en el sentido que únicamente existió dolo de lesionar, no deviene directamente de un análisis integral de la prueba, ya que existen una serie de elementos que debieron ser analizados bajo las reglas de la sana crítica, las cuales aportan parámetros esenciales para realizar un análisis de la intencionalidad del agente al momento de desplegar las acciones sobre la humanidad de la víctima, observando esta Sala un quiebre lógico en la fundamentación de la sentencia, […] el *Ad quem* hace depender el dolo del tiempo de curación de la lesiones inferidas y no de un análisis probatorio que le permitiese ratificar conclusiones del *A quo* o desestimarlas.

Cabe mencionar, que el tiempo de curación a que alude el tribunal no puede ser interpretado de forma parcial, ya que éste es el resultado material de la acción desplegada por el agente y por tanto conforme a los estándares de motivación, también era imprescindible un análisis concatenado para arribar a la intencionalidad del autor, Art. 4 Pn.

En consecuencia, la Sala al pretender controlar el vicio argüido por la impugnante, advierte que los razonamientos plasmados en la sentencia objeto de recurso, no resisten el análisis crítico y por tal razón aun y cuando el reclamo de la representación fiscal, se basa en las normas de carácter sustantivo, este tribunal advierte un defecto por falta de fundamentación en cuanto al análisis concatenado y derivado de elementos probatorios para un adecuado juicio de calificación."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 245C2016, fecha de la resolución: 06/12/2016*

## NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA DEFINITIVA

VULNERACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA Y DE AUDIENCIA ANTE LA FALTA O DEFECTUOSA PRODUCCIÓN DE LA NOTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

"1.- En su escrito recursivo, el impetrante señala: *"Que el ACTO DE NOTIFI-*

*CACIÓN, realizado por el Juzgado Segundo de Sentencia... vulnero el derecho de defensa (...)"* (Sic). El fundamento de dicha afirmación, radica en el supuesto error de la Cámara de Segunda Instancia, que declaró inadmisible por extemporáneo el recurso de apelación, tomando como base el acta de entrega de copia íntegra de la sentencia, en la cual, según el inconforme, existe un yerro en la consignación del día en el cual se llevó a cabo la notificación de la sentencia definitiva de primera instancia, en tanto no es cierto que la fecha de lectura y entrega de la misma se llevara a cabo el día cuatro de junio de los corrientes, sino que, por el contrario, fue realizada un día después, pues se prorrogó para el día cinco de junio; dicho error, según el argumento del inconforme, llevó a que el Tribunal de Segunda Instancia rechazara *in limine* el recurso de apelación que presentó, pues, al hacer el cómputo del plazo conforme a la fecha 4 de junio resultaba que el plazo para interposición de la apelación se encontraba precluido, ya que el plazo se venció el día 19 de junio, contrario a lo que hubiera pasado si el cómputo se hubiera empezado a contar a si la notificación se hubiera efectuado el día 5 de junio; a juicio del impetrante lo anterior ocasionó una grave violación al derecho constitucional de defensa que le asiste al imputado.

Esta Sala considera, que el planteamiento del inconforme **debe ser rechazado,** con fundamento en lo siguiente:

Esta Sede constata que en el expediente judicial de fs. 109 al 111, corre agregada el acta de la audiencia de vista pública, donde consta la convocatoria de las partes materiales y procesales, para la audiencia de entrega de sentencia para el día cuatro de junio de los corrientes; así también figura en el proceso a fs. 141, el acta de la mencionada audiencia, con fecha cuatro de junio -en consonancia con el día convocado-, constando que no se hicieron presentes ninguna de las partes técnicas y materiales, pero que de conformidad al Art. 396 Inc. 3° Pr. Pn., se tuvo por notificada la sentencia en mención.

En ese sentido, este Tribunal advierte que el acta de audiencia de entrega de copia íntegra de la sentencia consolida la existencia formal y legal del acto de comunicación de la sentencia definitiva, en tanto contiene suscrita la firma de la secretaria de actuaciones del tribunal, funcionaria que goza de fe pública judicial, por lo cual se manifiesta la legalidad del acto procesal realizado. De tal manera, que el argumento sostenido por el recurrente, respecto de que la fecha cierta de la notificación no fue el día cuatro, sino el cinco de junio de los corrientes, es una aseveración a la que no puede dársele fe por parte de este Tribunal de Casación.

Aunado a lo anterior, esta Sala ha sostenido en su jurisprudencia que efectivamente la sentencia definitiva en primera instancia, se da por legalmente notificada con la entrega de copia integral, y que por razones de interés público y seguridad jurídica, si no se hace uso de la vía recursiva en su momento oportuno, debe de adquirir firmeza, ya que no es dable prorrogar los plazos de impugnación en razón de las actitudes displicentes de la parte interesada (Véase sentencia 259-CAS-2010, de fecha veinticuatro de enero de dos mil quince). De tal manera que, para esta Sala, es evidente que el Tribunal de Segunda Instancia no comete ningún error en el cómputo del plazo, pues para el día 22 de junio de los corrientes, fecha en la cual se presentó el escrito de apelación, el plazo es-

taba precluido, por lo que efectivamente correspondía declarar la inadmisibilidad del mismo por el motivo de extemporaneidad, por lo cual procede rechazar el planteamiento del impetrante.

Sin embargo, al margen de los argumentos que plantea el inconforme, esta Sala advierte la existencia de un yerro en el acto de notificación de la mencionada resolución, por parte del Tribunal de Sentencia, que procederá a examinar a continuación.

En esa línea, teniendo a la vista el expediente judicial, esta Sede observa tal como se ha acotado, que a fs. 141 del expediente, consta el acto de comunicación de la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel, el cual únicamente está documentado por medio de un acta que indica que el día cuatro de junio de los corrientes, era la fecha señalada para la entrega de la copia íntegra de la sentencia, y que, al comprobar la incomparecencia de las partes técnicas y materiales, pese a su legal citación y notificación, conforme al Art. 396 inciso 3°, se dio por notificada la relacionada sentencia. Se advierte además, que no consta en el expediente la realización del acto de comunicación personal al imputado de la resolución judicial en cuestión.

La Sala de lo Constitucional en su sentencia de Habeas Corpus 198-2013 de fecha 06/11/2013, ha sido enfática en señalar la importancia de la notificación de las resoluciones, así como también ha puesto de manifiesto los derechos vulnerados ante la falta o defectuosa producción de la misma, indicando que: "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 e intereses. Por tanto, la falta de un acto de comunicación o su realización deficiente –impidiendo su finalidad orientada a trasladar al conocimiento del destinatario lo decidido por la autoridad juridicial-, incide negativamente en los derechos de defensa y audiencia de aquel".

IMPERATIVA LA NOTIFICACIÓN PERSONAL CUANDO LA DECISIÓN A NOTIFICAR CONSTITUYE UNA PRIVACIÓN DIRECTA Y GRAVOSA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL, COMO EN EL CASO DE LA SENTENCIA CONDENATORIA

"Efectivamente, la envergadura del acto de notificación radica en hacer del conocimiento al destinatario, de lo resuelto por el órgano jurisdiccional respecto de su situación jurídica, a fin de que éste -si así lo desea- ejercite los medios legales, para controlar el contenido de la resolución que se le comunica, detentando sus derechos de defensa y de audiencia.

El Código Procesal Penal, en su Art. 159, contiene la regla general en relación a la notificación del imputado, y prescribe: "Si las partes tienen defensor, representante o apoderado, las notificaciones serán hechas solamente a estos, salvo que la ley o la naturaleza del acto exijan que también ellas sean notificadas personalmente". Es decir, que por regla general las resoluciones serán notificadas únicamente al defensor, quien teniendo conocimiento técnico en Derecho ejerce la defensa del imputado, y puede hacer uso de los mecanismos legales de impugnación de la resolución que se trate.

Sin embargo, dicha regla general tiene dos excepciones apuntadas por el

mismo legislador, quien indica que el imputado deberá ser notificado personalmente: A) Cuando esté expresamente establecido por la ley, y B) Cuando sea una exigencia del acto realizado o por realizar; siendo este último punto el que interesa para efectos del presente caso, pues, tal como la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional lo ha sostenido, es imperativa la notificación personal, cuando la decisión a notificar constituya una privación directa y gravosa de un derecho fundamental, como en el caso de la sentencia condenatoria (Sentencia de Habeas Corpus 48-2010 de fecha 25/08/2015)."

OBVIAR LA NOTIFICACIÓN DIRECTA AL IMPUTADO NO PROVOCA EFECTOS DE UNA NULIDAD ABSOLUTA, CUANDO ÉSTE GOZABA DE LIBERTAD AMBULATORIA AL MOMENTO DE CONVOCAR A LA AUDIENCIA DE LECTURA DE SENTENCIA

"En el caso de mérito, infringiendo el Art. 159 Pr. Pn., el Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel, obvió la notificación directa del imputado, pese al hecho de que lo había declarado penalmente responsable por la comisión del delito de Incumplimiento de Deberes de Asistencia Económica; para esta Sala, si bien lo anterior constituye un proceder defectuoso de parte del tribunal de primera instancia, por el hecho de que el imputado gozaba de libertad ambulatoria en el momento de la convocatoria a la audiencia de entrega de sentencia y durante la realización de la misma, no se configura como un yerro capaz de hacer surtir los efectos de una nulidad absoluta.

Lo anterior, debido a que el imputado tenía la posibilidad física de apersonarse al acto de notificación, al cual había sido convocado el día de la celebración de la vista pública, y que si bien los referentes jurisprudenciales de la Sala Constitucional arriba relacionados, establecen que la falta de notificación personal de la sentencia condenatoria, importa la violación de derechos con raigambre constitucional, ello está referido a los casos donde los procesados se encuentran sujetos a la medida cautelar de detención provisional, de tal forma que estos no pueden disponer autónomamente de los medios para apersonarse a una audiencia judicial, situación que no acontecía en el presente caso. La especificidad del precedente constitucional, respecto de los casos de imputados detenidos preventivamente, puede inferirse de la misma naturaleza del Habeas Corpus como mecanismo de defensa constitucional del derecho de libertad ambulatoria, señalada por la Sala de lo Constitucional en casos similares: "... *el análisis constitucional propuesto en este hábeas corpus está referido a comprobar si se ha excedido el plazo legal dispuesto para el mantenimiento de la detención provisional impuesta al imputado (...)"* (Sentencia de Habeas Corpus, referencia 308-2013, de fecha 14 de marzo de 2014).

Al anterior acervo, se destaca que efectivamente, en el presente caso, si se hizo uso del derecho a recurrir, denotándose que el imputado, a través de su defensor, si conoció el contenido del fallo que le agraviaba, situación que le habilitaba a hacer uso de los derechos de audiencia, defensa y a recurrir, que le asistían al acusado; sin embargo, no los ejercitó durante el plazo legal previsto para tales efectos, lo cual desencadenó como consecuencia la inadmisibilidad por extemporáneo del escrito de apelación, por parte del Tribunal de Segunda

Instancia.

En ese orden de ideas, es dable para esta Sala mantener inalterable el fallo pronunciado por la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente de San Miguel, y declarar no ha lugar a casar la sentencia de Segunda Instancia, por el motivo recién examinado."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 336C2015, fecha de la resolución: 06/01/2016*

## NULIDAD DE SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

IMPROCEDENTE SER OBJETADA VÍA CASACIÓN, POR NO CONSTITUIR UNA SENTENCIA DEFINITIVA SINO UNA SENTENCIA DE ACOGIMIENTO CON EFECTOS DE SANEAMIENTO

"2. Consideraciones de este Tribunal. De lo expresado en el escrito de revocatoria se logra determinar que el substrato de la impugnación radica en la creencia de que —para efectos de interposición del recurso de casación— toda sentencia que resuelva un recurso de apelación es definitiva, sea cual fuere su contenido y sus efectos.

A. En principio, debe aclararse que no todas las decisiones pronunciadas por los tribunales que conocen en segunda instancia son sentencias definitivas, pues aunque el texto del Art. 143 Pr. Pn., es claro al indicar que sentencia es la que se dicta luego de la vista pública para dar término al juicio o al procedimiento abreviado, así como también aquellas que resuelvan el recurso de apelación o casación, es indiscutible, por una parte, que tales resoluciones han sido incluidas dentro del término general "sentencia" y no en la expresión "sentencia definitiva" que ha utilizado el legislador en el texto del Art.479 Pr. Pn., restringiendo de esta manera el control casacional sólo de aquellas sentencias definitivas dictadas o confirmadas por los tribunales que conozcan en segunda instancia (o autos de la misma naturaleza definitiva que se mencionan en dicha norma).

Por otra parte, cuando en el Art. 143 Pr.Pn., el legislador comprende en el concepto de sentencia "aquellas que resuelvan el recurso de apelación o casación", repárese en que se está refiriendo al pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión recursiva, sea rechazándola o acogiéndola, y de ahí que, no toda sentencia que resuelva un recurso de apelación será siempre de carácter definitivo, pues ello dependerá de la naturaleza de su contenido y de sus efectos.

La sentencia que resuelva un recurso de apelación podría resultar siendo definitiva, cuando rechaza la impugnación, confirmando, revalidando o legitimando la de primera instancia; o bien cuando la acoge declarando ha lugar la revocatoria o nulidad, deslegitimando (total o parcialmente) la sentencia del *A quo;* pero según sea el caso, si el tribunal que conoció en segunda instancia decide reparar directamente el error judicial y dicta en su lugar la sentencia que corresponda, procederá recurso de casación contra la misma por su carácter de definitiva.

Por el contrario, cuando se acoge la impugnación anulando el proveído de

primera instancia y reenviando el proceso para que otro tribunal reponga los actos anulados, por sus efectos esta decisión no aparece incluida —ni expresa ni tácitamente- dentro de las resoluciones recurribles en casación (Art. 479 Pr.Pn.), porque no le ha puesto fin al asunto principal del proceso, sino a la inversa, manda a que otro tribunal defina la situación jurídica, retrotrayendo el proceso a etapas anteriores con fines de saneamiento, es decir para que otro tribunal repare el yerro judicial que motivó la anulación de lo actuado, quedando las partes a la espera de que se dicte una nueva sentencia definitiva que resuelva, absolviendo o condenado, según corresponda, y contra esta resolución las partes sí estarían habilitadas para hacer uso de los recursos legales que correspondan.

Las anteriores razones explican la falta de fundamento del recurso de revocatoria en tanto no es cierto que todas las sentencias que pronuncian los tribunales que conocen en segunda instancia y que resuelven un recurso de apelación son sentencias definitivas sino solo aquellas que rechazan la impugnación y confirman la sentencia de primera instancia; o las que la acogen, reparando la violación de ley el mismo tribunal de alzada; no así las sentencias que como consecuencia de haber acogido el recurso, reenvían a otro tribunal para que defina el asunto principal del proceso penal, tal y como sucedió en el presente caso, en que la Cámara declaró la nulidad de la sentencia de primera instancia y ordenó su reenvío para su reposición a partir de los actos declarados nulos, y en ese sentido, no constituye una sentencia definitiva sino una sentencia de acogimiento con efectos de saneamiento porque manda a que otro tribunal enmiende y defina el asunto principal del proceso, por tanto, no es objetivamente impugnable por la vía de la casación."

EFECTO VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO PENAL

"B. Es pertinente hacer ver a los recurrentes que la declaratoria de inadmisibilidad del recurso de casación presentado por ellos (Ref. 5C2016), tiene como fundamento lo dispuesto —de manera expresa y clara— en los Arts. 143 y 479 Pr. Pn., de manera que, la conclusión interpretativa a la que ha arribado esta Sala constituye jurisprudencia aplicable a partir de la sentencia 82C2013 de fecha catorce de febrero del año dos mil catorce, en la cual -por razones de seguridad jurídica- se explicó el cambio de jurisprudencia, ya que en anteriores resoluciones se admitió recurso de casación en casos análogos pero sin hacer ninguna interpretación del Art. 479 Pr. Pn., siendo con la sentencia 30C2013 de fecha catorce de agosto del año dos mil trece que la Sala puso término a la anterior línea jurisprudencial. Por ende, no es cierto lo afirmado por los recurrentes de que esta jurisprudencia sea reciente y atribuible a la actual composición de esta Sala, por encontrarse comprendida dentro de dos períodos con conformaciones distintas.

Otra cuestión que conviene aclarar es que los efectos de la jurisprudencia de esta Sala son vinculantes por provenir del máximo tribunal en materia penal, tan es así que se ha previsto la configuración de doctrina legal al concurrir tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes."

CASACIÓN NO CONSTITUYE UNA TERCERA INSTANCIA SINO UNA VÍA DE CONTROL DE LEGALIDAD LIMITADA A RESOLUCIONES JUDICIALES CUYO CONTENIDO Y EFECTOS RESULTEN POTENCIALMENTE GRAVOSOS

"También es importante traer a cuenta que —aunque el diseño que se le ha dado al recurso de casación- tiene la apariencia de una apelación propiamente dicha, en cuanto a su amplio número de causales o motivos de, casación, así como su fácil acceso y amplias facultades resolutivas que permiten una revisión integral de la legalidad de las sentencias dictadas en segunda instancia, sin embargo, no debe mal entenderse por ello que se tiene derecho a una instancia más (tercera instancia) sin restricciones, con un control total de la actividad realizada por los tribunales de segunda instancia; esto no es así porque los tribunales de segunda instancia se encuentran en jerarquía superior respecto de los tribunales de primera instancia, a quienes el legislador les ha confiado expresamente amplias y suficientes facultades para controlar y revisar la legalidad de la actividad de primera instancia, seleccionando una importante cantidad de resoluciones recurribles por la vía de la apelación; y de ahí que se vea justificada la restricción de la actividad recursiva sólo de aquellas sentencias definitivas dictadas por tribunales que conocen en segunda instancia (absolviendo o condenado en segunda instancia o modificando la de primera instancia) o de aquellas que confirmen las sentencias de primera instancia; quedando excluidas de casación aquellas sentencias mediante las cuales los tribunales que conocen en segunda instancias declaran nula la sentencia de primera instancia y se ordena su reenvío para reponer las actuaciones.

Esto se torna aún más claro cuando se revisa el texto del Inc. final del Art. 347 Pr. Pn., en el cual se expresa que las declaraciones de nulidad (absoluta) admitirán recurso de apelación con efecto suspensivo cuando fueren proveídas en primera instancia, pero nada dicen de las nulidades declaradas en segunda instancia o en casación, consecuentemente, ni las primeras ni las segundas admiten recurso alguno, conclusión con la que se da respuesta a la interrogante que formulan los solicitantes en su escrito de revocatoria, en tanto no está previsto medio impugnativo ordinario que haga viable la reparación de errores cometidos por los tribunales que conocen en segunda instancia o en casación, al declarar la nulidad de las resoluciones que encontraren defectuosas y ordenar su reenvío para su enmienda o reposición; y esto porque así lo dispuso el legislador, debido a la naturaleza del recurso de casación, el cual no constituye una tercera instancia sino una vía de control de legalidad limitada a resoluciones judiciales cuyo contenido y efectos resulten potencialmente gravosos para los principales intervinientes en el conflicto penal (víctima e imputado)."

AUSENCIA DE VIOLACIÓN AL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA Y AL DEBIDO PROCESO POR EL EFECTO SUSPENSIVO QUE POSEEN LOS RECURSOS

"Y en respuesta a los argumentos que enuncian agravio al imputado, es fundamental tener presente la regla general relativa a los efectos suspensivos de

los recursos contenida en el Art.457 Pr. Pn., en relación con el Art. 147 Pr. Pn., en la cual se dispone que las resoluciones impugnadas no serán ejecutadas durante el plazo para recurrir y mientras se tramita el recurso; y por otro lado, se dispone que éstas quedarán firmes y ejecutoriadas, mediante su declaración en cuanto no sean oportunamente recurridas. Siendo así, resulta claro que cuando los tribunales de apelación resuelvan anular lo actuado en primera instancia y remitan a otro tribunal las actuaciones para la reposición de lo anulado, el derecho a recurrir de las partes quedará en suspenso, hasta que exista una decisión definitiva del asunto principal del conflicto penal.

Conforme lo anterior, vemos que en el caso concreto la sentencia absolutoria pronunciada en primera instancia a favor del imputado [...], nunca adquirió firmeza debido al efecto suspensivo del recurso de apelación interpuesto contra ella, habiendo resuelto la Cámara su anulación y reenvío para su reposición por otro tribunal quien definiría la situación jurídica del imputado. De ahí que no tengan razón los inconformes al alegar agravio en el derecho del imputado a un recurso judicial efectivo, en tanto aún no existe una decisión definitiva de su situación jurídica, y en ese sentido, la declaratoria de nulidad pronunciada en segunda instancia y sus efectos de reenvío contra la cual pretendieron recurrir en casación, no es una sentencia objetivamente impugnable en casación, porque la absolutoria pronunciada en primera instancia no adquirió jamás efecto de cosa juzgada; y por la misma razón resulta infundado expresar agravio por violación al derecho a la seguridad jurídica y a un debido proceso, pues así ha sido diseñado por el legislador.

En definitiva, de acuerdo a los señalamientos que se hacen, esta Sala determina que no procede acceder a las pretensiones de los recurrentes de que se revoque la decisión de inadmisibilidad que este tribunal dictó, porque la resolución objeto de su recurso no es una sentencia definitiva recurrible en casación conforme expresamente se establece en el Art. 479 Pr."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 5C2016, fecha de la resolución: 04/10/2016*

## OMISIÓN DE VALORACIÓN DE PRUEBA

DECLARACIÓN INDAGATORIA NO ES PROPIAMENTE UNA PRUEBA DIRECTA SINO QUE CONSTITUYE UN MEDIO DE DEFENSA MATERIAL DEL IMPUTADO

"A juicio de las impugnantes, en el libelo de casación se han plasmado las razones por las cuales la sentencia de mérito adolece de defectos sustanciales de motivación como para ser susceptible de anulación, siendo estos de forma sucinta los siguientes:

Que tal como lo han relacionado, la Cámara de lo Penal, al resolver el recurso de alzada, quebrantó las reglas de la sana crítica, en especial las reglas de la lógica y, en concreto, los principios de identidad y razón suficiente, en virtud de que al centrar su análisis intelectivo sobre los hechos probados para determinar si el fallo del juez de primera instancia es el correcto se advierte que el juzgador,

no realiza un análisis integral, congruente, del acervo probatorio de cargo; por el contrario, da paso a la construcción de una tesis que no tiene asidero en la prueba recibida en el juicio. Es decir, que el *A quo* (Cámara) no sólo omite valorar el marco de probanzas producido, sino que confecciona una proposición basada en una serie de especulaciones, quebrantando el principio de razón suficiente.

La Sala considera que dicho motivo debe estimarse, conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes:

Al analizar la sentencia impugnada, se advierte que la absolución pronunciada en segunda instancia se fundamenta en la existencia de duda, tal como se desprende de la conclusión que al efecto arriba el tribunal de alzada al expresar: *"En correlación a la exposiciones de los considerandos precedentes y no siendo posible acreditar con la prueba aportada, a autoría o participación del señor Ramón Ernesto G. O.* en el delito de *Hurto* Agravado, teniéndose únicamente la certeza que *existe un faltante de medicamento en la farmacia del Hospital Nacional de esta ciudad, desconociéndose hasta el momento quien o quienes fueron los sujetos activos de dicho ilícito; en aplicación del Art. 7 Pr.Pn., donde se establece que en caso de duda debe considerarse lo más favorable al imputado, procede declarar absuelto al indiciado G. O. de toda responsabilidad por el hecho atribuido... "(Sic).*

La anterior conclusión la Cámara la hace descansar en los siguientes argumentos:

Que no se tomó en cuenta por parte del juzgador que se expusieron dos tesis sobre los hechos, así: *"...En primer lugar (...) señalando al procesado como la persona que sustrajo el medicamento, sustentando la imputación en lo declarado por los testigos [...] y [...], quienes expresaron que el imputado les manifestó haber sacado las ampollas y el testigo [...], quien solamente es útil para la construcción del extremo referido a la existencia del delito, al ser la persona que descubrió las ampollas mezcladas... "(Sic).*

En contraposición, señala *la* Cámara como tesis de descargo que: *"...el acusado al rendir su indagatoria negó haber confesado los hechos a la señora [...] y mantuvo su versión de no haber confesado el faltante. Por su parte, la testigo [...](...) dijo que no se logró determinar quién había sustraído el medicamento (...) el medico [...] no refiere ni señala a persona alguna como responsable, sino que se limita a corroborar que la cantidad de Meperídina faltante es de seiscientas ampollas. El señor Juan Antonio J. R., también expresó que hacía falta la misma cantidad de Meperidina..." (Sic).*

Planteadas así ambas tesis, el tribunal de alzada procede a descartar la de cargo, bajo el argumento que las declaraciones de [...], constituyen prueba de referencia, la cual al contraponerla a la prueba directa, en este caso, a la declaración rendida por el acusado, a criterio de la cámara, ésta tiene prioridad para su valoración y que por lo tanto la prueba de referencia no puede desplazar la declaración del imputado.

Sobre este argumento, la Sala estima que si bien comparte con la cámara que la prueba directa tiene prioridad sobre la de referencia, en este caso, la declaración indagatoria no es propiamente una prueba directa -salvo que se trate de una confesión- sino que primordialmente constituye un medio de defensa

material del imputado, la cual para ser contrapuesta válidamente con la prueba de cargo, sea esta directa o no, debe encontrar apoyo en otros elementos de juicio que se tornen complemento de ésta; pero si ocurre, como en el caso de autos, que la que encuentra sustento en otras probanzas resulta ser la prueba de referencia, entonces serán los principios de valoración de la prueba que regula la normativa procesal -sana crítica- los que determinaran cual será el soporte probatorio que sustentara el fallo.

De esa forma, se extrae que la tesis que incrimina al acusado se encuentra apoyada, además de los citados testimonios de referencia -los cuales son válidos y ninguna de las partes los ha cuestionado en su forma ni en su contenido intrínseco- en otras pruebas como lo son las declaraciones de [...], quien es dependiente de la farmacia del Hospital Nacional San Juan de Dios de San Miguel, y que encontró el faltante e informo a su jefa -la testigo [...]- y junto a ésta, al día siguiente del hallazgo, ingresaron a la bodega y revisaron el medicamento caja por caja, observando que había un faltante en cada una de éstas, y que al final resultaron ser 600 ampollas; cuyo destino, según lo confesado por el imputado a los testigos de referencia arriba indicados, fue que éste " *se había visto en la necesidad de tomarlos de la bodega por motivos personales y familiares...".*

Además, de lo dicho por el testigo [...], el hallazgo y el faltante se establecieron por medio de los testigos [...] -auditora interna del hospital-; [...], médico del hospital que formó parte de la comisión nombrada para investigar dicho faltante quien, a su vez, escuchó cuando el imputado se comunicaba con la testigo [...] para plantearle asuntos relativos al faltante de medicamentos.

Asimismo, existe prueba documental que desfiló en la vista pública, como es la denuncia del Director del Hospital, doctor [...]; certificación de memorando de fecha cinco de octubre de dos mil trece, emitido por la testigo [...], al director del hospital en el cual informa del faltante del medicamento, que el imputado le confesó haber sustraído; certificación del acta número cuatro levantada en la instalaciones del hospital en la que se deja constancia de la llamada recibida por la testigo [...], de parte del acusado, en presencia del doctor [...].

El anterior acervo probatorio, a juicio de esta Sala, constituye un conjunto de pruebas que se tornan corroborativas y complementarias del dicho de los testigos de referencia a quienes el imputado les había confesado el hecho."

VULNERACIÓN A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA CUANDO EL TRIBUNAL EXCLUYE ELEMENTOS DE CONVICCIÓN QUE PODRÍAN HABER MODIFICADO EL FALLO

"No obstante, los anteriores elementos probatorios no fueron valorados por la Cámara de un modo integral y conforme a las reglas de la sana crítica como lo ordena el Art. 394 Inc. 1° Pr.Pn.; por el contrario, de la sentencia de alzada se desprende que la cámara basó su fallo absolutorio en la declaración indagatoria del imputado, la cual, a criterio de esta Sala, no halla respaldo en las pruebas antes referidas, por más que el tribunal de alzada en su esfuerzo intelectivo de valoración esgrima una tesis diferente, y sin sustento en los elementos probatorios recibidos en juicio.

Así también, los argumentos de la cámara cuando expresa que: "...el *análi-*

*sis del juez no está constituido por inferencias fundadas y deducidas de las pruebas que desfilaron durante el debate; o sea, no existe una razón suficiente que justifique el fallo condenatorio, porque éste se basó en apreciaciones alejadas de los elementos vertidos del material probatorio recibido en el juicio...".* No encuentran apoyo en la masa probatoria desfilada en el debate, ni en la realidad jurídico procesal que en su momento estableció la sentencia de primera instancia; en consecuencia, los razonamientos para desestimar los fundamentos de ese fallo carecen de sustento, precisamente porque es la cámara la que ha fundado su análisis probatorio en forma parcial, dejando por fuera aspectos fundamentales que de haberse incorporado conforme al juicio racional que exige la sana crítica, el fallo pudo haber sido diferente."

EFECTO: ANULACIÓN DE LA SENTENCIA DEFINITIVA ABSOLUTORIA POR FALTA DE MOTIVACIÓN

"Por lo expuesto, esta Sala concluye que el fundamento de la absolución basado en la existencia de duda -Art. 7 Pr.Pn.- carece de motivación y no encuentra apoyo en las pruebas del juicio, por lo que lo conducente es declarar ha lugar la pretensión fiscal de casar el proveído de alzada y ordenar su reposición por otro tribunal de segunda instancia, que deberá ser exhaustivo en el análisis probatorio, para no incurrir en el vicio de motivación realizado en el presente caso por la cámara en mención."

*Sala de lo Penal, Número de referencia: 126-C-2015, fecha de la resolución: 18/01/2016*

## ORDEN DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO

OMISIÓN DE ESTAMPAR EL SELLO DEL TRIBUNAL NO COMPROMETE SU VALIDEZ NI VULNERA DERECHOS FUNDAMENTALES DEL IMPUTADO

"2. El recurrente alega, como primer motivo de casación, la falta de fundamentación intelectiva y descriptiva de la sentencia pronunciada por la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente, sosteniendo que no se expresan los fundamentos de hecho y de derecho en los que se sustentaron para confirmar la sentencia de Primera Instancia.

Al respecto, se tiene que el *Ad quem,* a folios 23 del incidente de apelación, expresó que el inconforme en el libelo, invocó como único motivo que la sentencia se basó en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio, trasgrediendo los arts. 175 Incisos 1 y 2 en relación con el 400 N° 3 ambos Pr. Pn.; siendo éste el parámetro de conocimiento habilitado en segunda instancia por el medio impugnativo.

A partir del folio 24 vuelto, la Cámara analizó lo conducente de la sentencia de Primera Instancia, partiendo de la base argumentativa expuesta por el Juez Segundo de Sentencia, quien consideró legítima la detención del imputado, como resultado del registro con prevención de allanamiento autorizada por el

Juez Primero de Paz de la ciudad de San Miguel; además, agregó que los actos administrativos gozan de la presunción de legitimidad y que no se observó ninguna irregularidad.

El *Ad quem* acotó, que el juez valoró integralmente el resultado del procedimiento administrativo de registro con prevención de allanamiento, junto con la declaración del testigo [...], quien acreditó aspectos generales del lugar en donde se practicó el registro y con el Oficio habilitante de la diligencia emitida por el funcionario correspondiente, Licenciado [...], juez del Juzgado Primero de Paz de la ciudad de San Miguel, concluyendo el sentenciador, que el registro con prevención de allanamiento es totalmente válido a pesar de no tener el sello del Juzgado Primero de Paz.

Agrega la Cámara, a folios 25, tomando como base lo desarrollado por el *A quo,* que la sentencia atacada no adolece de vicio, pues, si bien no aparece el sello del Juzgado Primero de Paz, se debe considerar como un error relativo a la observancia de formalidades, el cual no afecta derechos fundamentales, ni garantías procesales de las partes; además, esta omisión fue alegada en la audiencia inicial por la defensa del imputado, y resuelto de manera correcta por el Juez Cuarto de Paz de la ciudad de San Miguel, quien lo declaró sin lugar, expresando que la falta de sello es considerado como un requisito formal sin incidencia en el derecho de defensa del sentenciado.

Finalmente, el *Ad quem,* a folios 25 del incidente de apelación, dijo que: *"...el argumento del recurrente quien sostiene que la orden de registro con prevención de allanamiento no está suficientemente fundamentada; (...) cabe aclarar que los oficios librados por tribunales o juzgados, no requieren fundamentación, situación distinta sucede con los autos interlocutorios o sentencias que se pronuncian.".* (Sic). Asimismo, advirtió el referido Tribunal que el señor Juez Primero de Paz de la ciudad de San Miguel, en auto de fecha veintinueve de octubre del año dos mil catorce, accedió a lo pedido, porque junto a la solicitud le presentaron acta de información y ubicación, direccionamiento fiscal y croquis de ubicación; además de que el investigador afirmó que en dicha vivienda se reúnen los sujetos investigados y otros de la misma "Mara" con el fin de planificar hechos delictivos.

De lo anterior, considera esta Sala que, no se ha configurado el vicio que señala el recurrente, en tanto que la sentencia pronunciada por la Cámara se ha circunscrito a revisar y valorar una prueba específica, la orden de registro con prevención de allanamiento, concluyendo que la misma es válida y que la omisión del sello en el Oficio número 1784-A es una mera formalidad que en nada afecta los derechos fundamentales que le asisten al imputado, principalmente el de defensa; es decir, ha fundamentado su fallo tanto intelectiva como descriptivamente, ya que se reconocen en sus argumentos las razones que lo condujeron a resolver en el sentido de confirmar la sentencia impugnada, por la cual éste motivo debe ser desestimado.

Por otra parte señaló el recurrente, que el Oficio en que se autoriza la orden de registro con prevención de allanamiento no cumple con los requisitos legales, y por tanto lo incautado al imputado en la escena del delito es una prueba ilícita; en virtud de dicho planteamiento se tiene que:

a) A folios 5 del proceso, se encuentra agregado el Oficio número 640-VIDA-

DIN-2014, de fecha veintinueve de octubre del año dos mil catorce, en donde el Sub Jefe Sección Vida, DIN. DSM. PNC, sargento [...], solicitó a la oficina Fiscal de San Miguel proporcionar Direccionamiento Funcional, con el fin de solicitar al Juzgado de Paz de turno de esa ciudad, orden de registro con prevención de allanamiento en tres viviendas, dos de ellas habitadas por el imputado [...], alias "[...]".

b) En esa misma fecha, procedente de la Unidad de Delitos Contra la Vida y, dirigido al señor investigador sargento [...], se encuentra agregado el Direccionamiento Funcional por parte de la Fiscal [...], a efecto de iniciar diligencias de investigación y solicitar al Juzgado de Paz de turno de la ciudad de San Miguel, orden de registro con prevención de allanamiento en las tres viviendas todas ubicadas en la colonia [...].

c) A folios 10 del proceso, se encuentra el Oficio número 1784-A, de fecha veintinueve de octubre del año dos mil catorce, procedente del Juzgado Primero de Paz de San Miguel, presidido por el señor Juez [...]; y dirigido al Sargento [...], Sub Jefe Sección Vida. DIN. DSM. PNC., en donde hace relación al Oficio remitido por éste último bajo referencia número 641-VIDA-DIN-2014, expresando que luego de analizar la solicitud de registro, se emite resolución en donde se autoriza proceder al mismo en las tres viviendas de la colonia [...], dos de las cuales son habitadas por el imputado [...].

Cabe aclarar que en el citado Oficio calza la firma del Licenciado [...], Juez Primero de Paz de la ciudad de San Miguel, no así el sello del Juzgado que preside.

d) A folios 11 del proceso, se encuentra agregada el acta de Registro y Allanamiento, en donde se hizo constar las circunstancias de modo, tiempo, lugar y hallazgo de la referida diligencia, la cual fue habilitada por medio de Oficio número 1784-A, de fecha veintinueve de octubre del año dos mil catorce; manifestando el agente ejecutor que el referido documento esta *"firmado y sellado"* por el Licenciado [...], Juez Primero de Paz de la ciudad de San Miguel.

Adviertése que lo consignado sobre el Oficio número 1784-A, agregado a folios 10 del proceso, en el sentido de que *"fue sellado"* por el funcionario competente, es un error material, pues ha quedado en evidencia que éste no lo está; sin embargo, dicha formalidad en nada afecta a las resultas del acto que habilita, por las razone que se expondrán a continuación:

En principio, se considera que el domicilio del individuo es un espacio resguardado de las injerencias externas, ya que es: *"...una extensión de la vida del hombre, en tanto éste es inviolable en su corporalidad, propiedad* [por lo que] *también su residencia y el hogar merecen la misma garantía que los proteja..."* R. W. Abalos, Derecho Procesal Penal, página 294; así, la Constitución de la República expresa que la morada es inviolable, art. 20 *"Garantía de Inviolabilidad del Domicilio";* sin embargo, contempla circunstancias en las cuales el ingreso puede concederse, siendo una de ellas por mandato judicial.

Es decir, que al existir una causa probable habilitante para emitir una orden de registro, ésta se hará, pero cumpliendo ciertos requisitos que justifiquen su libramiento, a fin de evitar un uso arbitrario del poder punitivo; para lo cual deberá concurrir además de la *"causa probable confirmada por juramento o afirmación, la descripción del lugar que ha de investigarse, las personas y las cosas que*

*serán retenidas".* (R. W. Abalos, Derecho Procesal Penal, página 294.).

Dichos aspectos han quedado acreditados a partir de los folios 6 y 7 del proceso, que corresponden al acta de información y de ubicación respectivamente; folios 9, direccionamiento funcional, en donde se encomienda al Departamento de Investigaciones de la Policía Nacional Civil, solicitar al Juzgado de Paz de turno de la ciudad de San Miguel, la orden de Registro con Prevención de Allanamiento de tres viviendas debidamente identificadas, junto con el nombre de los sujetos investigados que habitan los mencionados inmuebles y el secuestro de objetos relacionados con ilícitos.

Producto de la gestión policial, y bajo el respectivo direccionamiento funcional, el juez competente considerando válida la solicitud presentada por medio de Oficio número 641-VIDA-DIN-2014, de fecha veintinueve de octubre del dos mil catorce por parte del sargento [...], autorizó el registro y en su caso el allanamiento de tres viviendas ubicadas en la colonia [...], dos de las cuales habitadas por el encartado [...], así como incautar cualquier objeto relacionado con ilícitos (Oficio número 1784-A).

Como ha quedado en evidencia, el documento que habilita el ingreso a la morada del imputado, cumplió con los presupuestos de validez: a) Fue producto de un mandato judicial, pronunciado por funcionario competente, es decir, por el Juez Primero de Paz de la ciudad de San Miguel, quien calzó su firma al final del mismo; b) Se advirtió una causa probable; es decir la afirmación que *"en dichas viviendas se reúnen los sujetos investigados y otros de la misma [Mara] con el fin de panificar hechos delictivos";* y c) Se delimitó específicamente el lugar y personas investigadas, así como los objetos que serían retenidos.

Finalmente, sobre la omisión de estampar el sello del tribunal en el Oficio número 1784-A, se considera que éste requisito formal no compromete en nada su validez; ya que además de lo que se ha sostenido *supra,* no se han acreditado elementos que demuestren la falsedad del documento; sino todo lo contrario, el mismo recurrente reconoce que el Oficio fue librado por el Juez Primero de Paz de San Miguel; por tanto, el resultado de la ejecución de la diligencia habilitada, para el caso la incautación de la droga objeto del juicio, es una prueba válida.

En relación a la inobservancia de las reglas de la sana crítica, el impetrante refiere dicho vicio sin aportar un parámetro de motivación, por lo que tal omisión no permite un pronunciamiento al respecto.

De manera que, no procede acceder a la pretensión de anulación promovida por el recurrente, al no existir los defectos alegados en la motivación de la providencia impugnada, sino que, la sentencia debe mantenerse inalterable, al encontrarse debidamente fundamentada y haberse cumplido con el principio de legalidad de la prueba."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 316C2015, fecha de la resolución: 04/01/2016*

## PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

REQUISITO MÍNIMO DE ADMISIBILIDAD DEL MEDIO IMPUGNATIVO Y SU INOBSERVANCIA PRODUCE LA IMPOSIBILIDAD DE UN PRONUNCIAMIENTO DE FONDO

"Tercero**.-** Según nuestra legislación procesal penal en los Arts. 452, 453, 479 y 480 Pr. Pn., el recurso de casación está sujeto a un examen preliminar de naturaleza formal, que tiene por objeto establecer si en el acto de interposición se han observado los presupuestos que habilitan su admisibilidad, verificando el cumplimiento de las condiciones de tiempo, modo y lugar; así como también, debe reunir los requisitos formales relativos a la configuración del vicio, es decir, que se establezcan los elementos indispensables siguientes: **a)** Que el motivo esté identificado, citando las disposiciones legales pertinentes erróneamente aplicadas o inobservadas; **b)** Que el fundamento del motivo esté expuesto, señalando concretamente el yerro judicial y el agravio que le ha causado dicha decisión; y **c)** Indicar la solución que se pretende, pues con ello quedará evidenciado el error en la sentencia objeto de recurso.

Cuarto.- Se ha interpuesto memorial recursivo por el licenciado [...] en calidad de defensor particular, en el cual aduce como único motivo de casación el siguiente: *"Elementos de prueba que han sido incorporados ilegalmente al juicio y que sirvieron de base al señor Juez Sentenciador a dar un fallo condenatorio en contra de mi defendido, vicio que habilita la casación por estar comprendido en el Art. 478 n°2 Pr. Pn."* (Sic).

El recurrente basa la fundamentación del yerro mencionado, en el valor probatorio otorgado al testigo con régimen de protección denominado "DIEGO", el cual fue incorporado al proceso extemporáneamente, lo que en criterio del impetrante hace casable la resolución emitida por Cámara, ya que los Magistrados ratificaron lo actuado por el *A-quo,* corrigiéndole la plana a la representación fiscal y argumentando que la solicitud fue presentada antes de la audiencia preliminar, pero sin mencionar que era una prueba sobreviniente, ante lo cual el tribunal *Ad-quem* dedujo que la representación fiscal mencionó tal circunstancia.

Previo al estudio de la pretensión recursiva, es imperativo recordarle al impetrante que la vía impugnativa casacional, demanda para su efectividad requisitos mínimos de interposición, así lo ha inferido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia caso Mohamed vs. Argentina, señalando: "... *La Corte ha sostenido que el artículo 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz…. En ese sentido, la Corte estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los, agravios sustentados por el recurrente..." (Sic).*

En ese orden, la Sala de lo Constitucional en su resolución bajo referencia 637- 2011 de fecha ocho de agosto de dos mil doce, estableció lo siguiente: "... *los recursos que tienen expeditos conforme a la normativa de la materia, debiendo cumplir con las condiciones objetivas y subjetivas determinantes de la admisibilidad de estos medios de impugnación ante las autoridades pertinentes, puesto que, de lo contrario su incumplimiento motivara el rechazo del recurso..."* (Sic).

De lo anterior se desprende, que el derecho a recurrir los proveídos judiciales está limitado a presupuestos establecidos por ley, por lo tanto, esta Sala advierte que el Art. 480 Pr. Pn., indica que el término para interponer el recurso

de casación es de diez días contados a partir del día siguiente de la notificación. En el caso *subjudice,* el proveído impugnado fue notificado el día siete de julio del presente año como consta a fs. 17, presentando el escrito recursivo el licenciado [...] el día veinticinco de julio de dos mil dieciséis tal como consta a fs.25 vuelto, sin embargo, el plazo para presentar la inconformidad de la sentencia de segunda instancia venció el veintiuno de julio del presente año. Aunado a ello, corre agregado a fs. 20 la resolución de Cámara en la cual con fecha veinticinco de julio del año en mención declaró ejecutoriada la sentencia definitiva, pues había transcurrido el término legal.

En consonancia con lo anterior, esta Sala es del criterio que el plazo establecido para ejercer la acción impugnativa, es uno de los requisitos genéricos y mínimos que la ley instituye como condiciones de admisibilidad para salvaguardar el derecho a la protección jurisdiccional y al debido proceso, por lo que, el impetrante tiene la obligación de cumplir con la exigencia de ley como parte de los requisitos que conforman la impugnabilidad objetiva de todo recurso.

Partiendo de lo anterior y ante la inobservancia por parte del licenciado [...] en su calidad de defensor particular, no es posible un pronunciamiento sobre el fondo, pues el acto de interposición deberá ser conminado con la sanción de inadmisibilidad por extemporáneo Art.480 Pr. Pn., sin que pueda aplicarse la cláusula de saneamiento a que se refiere el Art.487 Pr. Pn."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 318C2016, fecha de la resolución: 27/10/2016*

## POSESIÓN Y TENENCIA CON FINES DE TRÁFICO

### CARACTERÍSTICAS DIFERENCIALES CON EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO

"Previo a dilucidar el trama que atañe, se puntea que ha de efectuarse una diferenciación entre el Tráfico ilícito de drogas con la Posesión y Tenencia de éstas; en ese sentido, aunque parezca innecesario decirlo, esta sede de Conocimiento considera apropiado el mencionar que cada una de las acciones prohibidas en el Art. 33 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; es decir, adquirir, enajenar, importar, exportar, depositar, almacenar, transportar, distribuir, suministrar, vender o expender, llevan imbíbito el poseer o tener la droga y, por tal razón, es que la última infracción penal en cita es residual a la primera.

El Tráfico Ilícito de drogas como infracción penal se encuentra desglosado en nuestra normativa interna en un abanico de acciones sancionables con pena de prisión. Sin embargo, para tener por colmada la noción de la figura penal en alusión, deben tenerse presente las razones que motivaron su tipificación, postuladas en el considerando cinco de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícitos de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 (En adelante la Convención), en la que los países partes declararon estar conscientes que el delito en cita genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las

actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles.

Lo anterior sirve para ilustrar que no obstante el tipo penal de Tráfico Ilícito no requiere un ánimo distinto a la acción que se impute, verbigracia adquirir, enajenar, etc., si debe acreditarse a nivel del tipo objetivo que la conducta está dentro de los comportamientos que se pretenden sancionar por la afrenta que causan a la humanidad y, en específico por el tipo de peligro que generan contra el bien jurídico salud pública; es decir, aquellos que de forma habitual, ocasional o, incluso primaria se involucran de manera consciente y voluntaria en el ciclo comercial de la droga.

Por tal motivo, el delito de Tráfico Ilícito es uno de los mecanismos estales (y supranacionales) que procura contrarrestar el ciclo comercial de las drogas, sancionando penalmente a todos aquellos sujetos que intervienen en ese círculo delictivo, ya sea adquiriéndolas, exportándolas, etc.

Desde luego, debe entenderse que el término "comercio" se utiliza en un contexto distinto a las regulaciones que en materia mercantil prescribe la ley, ya que esas acciones se realizan al margen de la norma legal y consecuentemente, el vocablo en cita sirve llanamente para ilustrar y referirse a la dinámica criminal desarrollada en sus diferentes etapas ya sea de forma macro, medio o micro, para llevar la droga ilícita desde los productores hasta el comprador final.

La Posesión con el objetivo de realizar cualquiera de las actividades de Tráfico Ilícito (Art. 34 Inc. 3° LRARD), está comprendida en la citada Convención en el Art. 3 número 1, literal "a" romano "III" en relación con el Art. 1, literal "m", como delito de Tráfico Ilícito, con la aclaración que en ésta también se tipifica la adquisición con el objeto de "comerciar" con las sustancias ilícitas, supuesto que en la normativa nacional se regula directamente, como se relacionó párrafos atrás, en el tipo penal de Tráfico Ilícito. Además, que el legislador nacional agrega la conducta típica de la tenencia de droga como ilícita.

Con la secuencia de ideas que anteceden, no resulta difícil detectar que la persecución de la posesión y tenencia de droga con la finalidad de enajenar, importar, etc., es un adelantamiento de las barreras de protección penal en la que el autor dispone o detenta la droga con la intención de incursionar en el ciclo del comercio de la droga o, por lo menos, se acredita que en esa ocasión su objetivo era ese.

Por último, se tiene la Posesión y Tenencia de droga ilícita, previstas de manera residual a las conductas que se han desglosado en los párrafos precedentes en los incisos 1° y 2° del Art. 34 LRARD., en las que el legislador no hizo distingo entre las conductas autoreferentes de las que no lo son. Postulado que guarda armonía con el número 2 del Art. 3 de la Convención. Sin embargo, la Sala de lo Constitucional a las nueve horas del día dieciséis de noviembre del año dos mil doce, bajo referencia 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007-/19-2007, explica 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 (Incs. 1° y 2° del Art. 34 LRARD).

Con la marginación que hizo la Sala de lo Constitucional, se tiene que el tipo penal de Posesión y Tenencia, en el contexto referido en el párrafo precedente, 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, pero sin duda tiene o posee drogas ilícitas de manera consciente y voluntaria y no son para autoconsumo. Además, deberá tenerse presente los márgenes (cantidad menores, iguales o superiores a dos gramos) previstos por el legislador en el primer o segundo inciso del Art. 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas."

CONDUCTAS AUTOREFERENTES NO SON PUNIBLES

"Al respecto se trae a cuenta el precedente dictado el día veintiséis de junio del dos mil quince, en la casación 131C2015, en la que se expone sucintamente que la lectura adecuada que debe hacerse a la resolución pronunciada por la Sala de lo Constitucional a las nueve horas del día dieciséis de noviembre del año dos mil doce, bajo referencia 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007, es que las conductas autoreferentes no son punibles.

Y que, por tanto, los comportamientos típicos a las figuras previstas en los incisos primero y segundo del Art. 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, son aquellas que tienen por finalidad la dotación a terceros. En ese contexto, debía entenderse la nominación de "ánimo de tráfico", empleado en el dispositivo constitucional aludido y, no como la agregación de un elemento subjetivo del tipo penal de "Posesión y Tenencia". Además, se hace hincapié a que en dicha resolución no le competió referirse al inciso tercero de la norma en cita.

Resulta oportuno también mencionar las palabras de Abel Cornejo, en su obra "Estupefacientes", Primera Edición, Editorial Rubinzal-Culzoni, Argentina, año dos mil tres, página 40, al expresar que: "...Con la expresión "dolo de traficar" nada se significa, sino que en cada caso concreto el dolo del autor -sin aditamento alguno- deberá ser evaluado a fin de comprobar si resulta comprendido por el tipo penal que se le imputa...". (Sic.).

Ya en el caso de autos, la agente auxiliar del Fiscal General de la República […] solicitó a este Tribunal casacional en su motivo se controle un vicio de juzgamiento, alegando que por haber transportado la incoada droga hacia un Centro Penal el hecho es típico al delito de Tráfico Ilícito, Art. 33 LRARD y, no al de Posesión y Tenencia con fines de Tráfico, como erróneamente ha sido calificado.

La Sala estima que **el reclamo debe ser desestimado,** conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

El hecho acreditado conforme la página siete del fallo de Primera Instancia, es que: "[la imputada] se hizo presente al Centro Penal de (...) Cojutepeque en calidad de visitante y en el lugar de registro al momento de ser atendida por la señora Registradora (...) demostró nerviosismo por lo tanto fue interrogada que si llevaba algo ilícito, contestando que sí, y en una forma espontánea se extrajo de su recto un objeto cilíndrico, el cual contenía (...) 28.7 gramos (...) de marihuana". (Sic.).

La sentencia de Cámara contiene la siguiente fundamentación: "Para este

Tribunal la conducta demostrada en juicio y atribuida a la imputada, perfectamente se adecua en la modalidad prevista en el Art. 34 Inc. 3° LRARD, por cuanto la finalidad de ingresar la sustancia prohibida al recinto penal –es una de las clásicas modalidades del tráfico ilícito-, se vio interrumpida por un acto ajeno a la voluntad de la agente activo (…) Subsecuentemente y conforme al Art. 33 LRARD, la norma legal –Art. 34 Inc. Final LRARD- ha sido correctamente interpretada (...) por lo cual, debe desestimarse el recurso invocado". (Sic.)".

CRITERIO SOSTENIDO POR LA SALA DE LO PENAL EN LOS CASOS DE PERSONAS QUE EN CALIDAD DE VISITAS EN UN CENTRO DE READAPTACIÓN Y/O PENITENCIARIO LLEVAN CONSIGO DROGAS ILÍCITAS

"Esta Sala tiene claridad que el criterio sostenido por este Tribunal de Casación hasta la fecha en los casos de personas que en calidad de visitas dentro de las instalaciones de un Centro de Readaptación y/o Penitenciario llevan consigo drogas ilícitas, comenten (a) el delito de Tráfico Ilícito cuando son descubiertas por los custodios o autoridades penitenciarias y éstos les requieren la entrega de tales sustancias o, (b) el hecho punible de Posesión y Tenencia con fines de Tráfico Ilícito si los autores entregan las drogas a los custodios o autoridades penitenciarias voluntariamente antes de ser conminados a dicha entrega. Verbigracia:

En la casación 8-CAS-2012, proveída el día veintiuno de agosto de dos mil trece, se sostuvo que: *"La droga fue trasladada por el incoado, quien se desplaza hacia el interior de las instalaciones del Centro Integrado de Justicia, siendo la finalidad ingresarla al mismo (...); éste transporte de la droga, fue interrumpido en el área de registro de dicho Centro, determinándose con certeza que lo decomisado era Marihuana (...) En ese sentido, la acción fue realizada por el imputado de forma dolosa, por lo tanto la adecuación corresponde al tipo penal de Tráfico Ilícito".*

Y, en la casación 444-CAS-2011, de las diez horas y veinticinco minutos del día veintiocho de mayo del año dos mil catorce; en la que, se razonó que: *"...De ahí, que una vez comprobados los elementos que configuran el desistimiento pueda procederse a imponer la sanción de la acción ejecutada; que en el supuesto de mérito, la indiciada ha develado su voluntariedad de entregar la droga, evitando el comercio o distribución [eficacia], estando pues ante un simple desplazamiento con la paralización del ánimo del tráfico a causa de la misma imputada, lo que se reduce a una sola conducta, a saber, la de Posesión y Tenencia con Fines de Tráfico, Art. 34 Inc. 3° de la LRARD...".""*

CONFIGURACIÓN DEL TIPO PENAL

"Sin embargo, la conformación que ahora integra esta sede de conocimiento considera oportuno separarse de los criterios precitados, por las razones que siguen:

Primero se acota que esta Sala mantiene el criterio que el delito de Tráfico ilícito es de peligro abstracto y que, por tanto, basta que se ejecute una de las

actividades previstas en la norma especial para que se configure el delito, verbigracia léase el precedente proveído el diecinueve de septiembre del año dos mil doce, en la casación 232-CAS-2011, en el que se fundamentó que: *"...al ser de peligro abstracto, no requiere de una afectación real y efectiva al bien jurídico tutelado para que se tenga por configurado, basta la realización de alguno de los verbos utilizados por el legislador al describir las conductas típicas —adquirir, enajenar, exportar, depositar, almacenar, transportar, distribuir, suministrar, vender, expender, etc. para que el ilícito surja a la vida jurídica...".*

También, resguarda esta Sala el criterio que el Transporte del delito de Tráfico Ilícito consiste en la acción de trasladar la droga desde un sitio hacia otro y, que para tener por consumada la acción basta con que se inicie el acto de partida y, que está puede ser realizada incluso en el cuerpo humano.

Ahora bien debe hacerse énfasis en que no todo desplazamiento de droga prohibida configura el delito de Tráfico Ilícito, ya que todo aquel que porta este tipo de sustancia la "transporta" (en sentido lato) de un sitio hacia otro; por ello, debe tenerse por establecido si la conducta se efectuó dentro de la actividad del ciclo comercial de la droga (Tráfico Ilícito, Art. 33 LRARD) o, era una Posesión y Tenencia como antesala para la ejecución de una actividad de Tráfico Ilícito (Posesión y Tenencia con fines de Tráfico, Art. 34 Inc. 3° LRARD) o una mera Posesión y Tenencia para terceros, Art. 34 Incisos 1° y 2° LRARD.

Al respecto, Abel Cornejo, en su citada obra "Estupefacientes", página 85, expresa que: *"...Para distinguir el transporte y el simple desplazamiento que realiza el consumidor (...) deben analizarse las circunstancias que rodean el suceso pues así se establece la diferencia (...) Transportar (...) es llevar estupefacientes de un lugar a otro, con conocimiento de que se trata de materia prohibida, consciente del desplazamiento y posibilidades de contribuir o facilitar el tráfico".*

IMPOSIBILIDAD DE ESTABLECER QUE EL SUJETO ACTIVO FUE QUIEN TRASLADÓ LA DROGA DESDE UN PUNTO DE PARTIDA HASTA EL CENTRO PENITENCIARIO, DESCARTA EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO

"En ese entendido, se tiene que en el caso de autos, conforme los hechos acreditados, no se ha establecido que [la imputada] fue quien realizó la conducta típica de trasladar la droga desde un punto de partida hasta llegar al Centro Penitenciario, sus afueras o proximidades como parte del ciclo comercial de la droga y, por consiguiente, se descarta el delito de Tráfico Ilícito.

Lo que si se tiene por acreditado es que la visitante del Centro Penitenciario […] al momento de ser atendida en el lugar de registro, portaba veintiocho punto siete gramos de marihuana, que sin lugar a dudas era para entregárselo a un tercero; lo que en definitiva, constituye una Posesión y Tenencia de droga prohibida.

Además, se tiene por establecido (conforme el fallo de primera instancia) que la acusada era de […] años de edad, de oficios del hogar, domiciliada en Izalco, que tenía permiso para ingresar al Centro Penitenciario de Cojutepeque como visita familiar del interno […], siendo su última visita el día de su detención; que la droga la desplazaba oculta dentro de una de sus cavidades naturales

en un objeto cilíndrico, que de veintiocho punto siete gramos de marihuana se fabrican cincuenta y siete cigarrillos, que están valorados en treinta y dos punto setenta y dos dólares.

Traducido en que [la imputada] conocía de la proscripción de tener drogas ilícitas (Por su edad, experiencia común), de la prohibición de ingresar este tipo de drogas a un centro penitenciario y de los controles que en dichas entidades gubernamentales se dan para evitar que se introduzca un catálogo de objetos, dentro de los cuales están esas sustancias. Ella tenía permiso de visita familiar y ya había frecuentado anteriormente el Centro Penitenciario de Cojutepeque; sin embargo, decidió ocultar en una de sus cavidades naturales una porción de marihuana para entregar a un tercero dentro del Centro Penitenciario y, por la cantidad de cigarrillos que se extraen (cincuenta y siete) queda claro para esta Sala que era con la finalidad de suministrarla dentro del ciclo comercial de la droga (En el cual no se realizó un acto constitutivo propiamente del suministro).

Por lo que, se confirma el criterio de la Cámara resolutora en cuanto a que el hecho es configurativo al delito de Posesión y Tenencia con fines de tráfico, pero con las acotaciones hechas en la presente"

*Sala de lo Penal, número de referencia: 313C2015, fecha de la resolución: 15/01/2016*

## POSESIÓN Y TENENCIA

ALCANCES DEL CONCEPTO DE CONDUCTA AUTORREFERENTE A LA LUZ DE LA DOCTRINA PENAL Y LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL

"1. Fundamentación del reclamo. De acuerdo al memorial recursivo, el primer impetrante solicitó, como causal única que esta sede judicial controle el vicio de "inobservancia o errónea aplicación de la ley Penal" con referencia al Art. 34 Inc. 1° LRARD, afirmando que la resolución dictada por el tribunal de segunda instancia no refleja un análisis del elemento subjetivo del tipo penal, motivo que tiene semejanza con el expresado como número uno por la procesada, por lo cual esta sala en atención al principio de economía procesal resolverá en un solo análisis ambas peticiones ya que coinciden en el mismo punto recurrido. Además, aun cuando se trata de motivos de fondo, este tribunal considera conveniente priorizar el análisis de estos reclamos, ya que con su resolución estimatoria se hace innecesario el conocimiento de los restantes reproches que están referidos a aspectos de orden procesal.

Delimitación de la impugnación: En esencia, el asunto a resolver consiste en determinar si la Cámara obvió analizar la lesividad del bien jurídico y el elemento subjetivo del tipo penal de Posesión y Tenencia, luego, establecer si de acuerdo al cuadro fáctico en que se basó la Cámara para confirmar la condena de primera instancia, el comportamiento de la imputada evidencia la intención de transferir a terceras personas la cantidad de droga incautada, y si por tal razón se ha causado una lesión o se puso en peligro el bien jurídico de la "Salud Pública".

Esta Sala de casación considera que ambos reclamos han de ser **acogidos,**

conforme a los razonamientos que se expondrán en los párrafos subsiguientes.

2. Conceptos generales. Inicialmente, es necesario reflexionar sobre los alcances del concepto de conducta autorreferente, a la luz de la doctrina penal y la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional. Además, debe considerarse la función de la Fiscalía General de la República en la investigación de esta clase de hechos ilícitos.

En el análisis efectuado en la sentencia de la Sala de lo Constitucional dictada el dieciséis de noviembre del año dos mil doce, Inc. 70-2006, en el que se examinó la constitucionalidad de los párrafos primero y segundo, del Art. 34 de LRARD, en los que se castiga la posesión y tenencia de cantidades menores y mayores de dos gramos de semillas, hojas florescencias, plantas -o parte de ellas- o drogas ilícitas, se sostuvo que el derecho de libertad configura una faceta interna individual e íntima que integra un ámbito irrestricto, ilimitado e incoercible; el cual no está sujeto a inferencia exterior o control por parte de los poderes públicos. Sin embargo, la libertad cuenta también con una faceta externa, que incluye la adopción de actitudes y conductas. Y estas últimas resultas castigables desde el momento lesivo violento o que pongan en peligro a otros.

La referida sentencia también expone, que la autodeterminación moral implica que cada individuo es libre de establecer su propio proyecto de vida y reconoce un espacio sustancial inmune a la coerción externa, proveniente de otras voluntades, ello implica para el Estado la adopción de una actitud de neutralidad y tolerancia frente a las perspectivas morales de cada individuo, mientras ese comportamiento no se traduzca en forma concreta en un daño para otro."

PRESCRIBE LA NECESIDAD DE QUE LA CONDUCTA SUPONGA UN EFECTIVO O PROBABLE RIESGO DE LESIÓN A UN BIEN JURÍDICO

"Por otra parte, y ampliando lo anterior, el principio constitucional de lesividad prescribe la necesidad de que la conducta suponga un efectivo o probable riesgo de lesión a un bien jurídico, por ende, las conductas que suponen un escaso desvalor de acción o de resultado deben quedar fuera del castigo penal, sea por la insignificancia del riesgo o por ser de carácter autorreferente- es decir, sin trascendencia a terceros (al respecto véase OJEDA RODRÍGUEZ, C. y GUERRERO, F., "Algunas Referencias sobre la Imputación Objetiva en el Ámbito de la Teoría del Delito", en Revista Acta *Universitaria,* Universidad de Guanajuato, Vol. 13, N° 2, 2013, P. 8 y 9)

Al retomar el argumento efectuado por la Sala de lo Constitucional en la sentencia aludida con antelación del "autorreferente" o "auto-consumo" esta sede judicial encuentra que se ahonda haciendo una distinción de aquellas conductas que por su grave riesgo a terceros se determina la necesidad de imponer una sanción penal, de aquellas que solo implica un ejercicio de libertad, aunque resulte perjudicial para el propio sujeto que la realiza, de tal suerte que para el tribunal constitucional "el *criterio cuantitativo 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 determinar entre (i) la posesión para autoconsumo-exenta de pena; (ii) la posesión encaminada al trafico u otras conductas de promoción que deben ser*

*castigadas; mas 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 a la personalidad del poseedor".*

En vista del criterio sentado por la sede constitucional, y basados en la presunción de inocencia contemplada en el Art. 12 Cn., y el Art. 7 Pr. Pn., ha de presumirse a favor del imputado que la posesión de la escasa cantidad de droga ilícita y sin ningún elemento probatorio adicional de la intencionalidad buscada, es para consumo propio *(Cfr.* Sentencia de casación Ref. 207C2015, dictada el 18/11/2015)."

LABOR DE FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA NO DEBE SER BUSCAR AUTOMÁTICAMENTE UNA CONDENA EN TODAS LAS CAUSAS

"En lo concerniente a la función investigadora de la agencia fiscal, conforme al Art. 74 Pr. Pn., en el que se establece que le corresponde a la Fiscalía General de la República dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal ante los jueces y tribunales correspondientes; de modo que, como se ha sostenido en asuntos conocidos anteriormente por este tribunal y con base a la norma legal antes citada, le corresponde delimitar las conductas autorreferentes de aquellas efectivamente lesivas al bien jurídico protegido, acreditando el elemento subjetivo especial de destinación posesión y tenencia de estupefacientes, mediante la actividad probatoria *(Cfr.* Sentencia de casación Ref. 131C2015, de fecha 26/06/2015). Por consiguiente, la representación fiscal ha de presentar las probanzas directas que señalen la intencionalidad de la persona procesada para participar en el ciclo económico de la droga, y dado que esto con frecuencia no es posible, habrá de acudirse a elementos indiciarios que permitan construir el inequívoco sentido delictivo y no autorreferente de la conducta acusada.

No obstante lo anterior, no es óbice para recordar que la Fiscalía General de la República interviene en el proceso penal con el propósito de defender los intereses del Estado y la sociedad, con estricto respeto a la normativa legal, sin buscar automáticamente una condena en todas las causas, sino cuando sea procedente, conforme a derecho. La disposición legal en mención, en el párrafo que antecede, impone a la agencia fiscal la obligación de indagar las circunstancias favorables y desfavorables para la persona acusada; de modo, que ante la posesión de una escasa cantidad de sustancia prohibida, sólo ha de ejercerse la acción penal, cuando como derivación de la labor investigativa por la agencia fiscal y sus órganos auxiliares, se haya descartado que se trate de posesión preordenada al autoconsumo."

DEFENSA NO ESTÁ EN LA OBLIGACIÓN DE PROBAR QUE LA DROGA ESTABA DESTINADA A SER INGERIDA POR LA ENCAUSADA

"3. Razonamiento de la Cámara. Corresponde entonces exponer brevemente los motivos desarrollados por la Cámara sentenciadora en grado de apelación. En ese sentido, en la motivación jurídica del pronunciamiento objetado, se sostiene que *"...el legislador* establece *una diferencia con relación a la canti-*

*dad de droga para agravar la pena del delito, pues se establece 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 droga, no importando la cantidad, es con la finalidad* de *realizar cualquiera* de *las conductas descritas en el delito de tráfico* ilícito. *En* ese orden, la *posesión o tenencia como* elemento *objetivo del delito implica que* debe *haber 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...".*

Prosiguen manifestando que para la posesión es necesario el dominio del sujeto activo sobre la droga, mientras que en la tenencia es llevar consigo, una parte del cuerpo, la droga pudiéndose establecer materialmente la relación entre el sujeto activo y el objeto material; concluyendo que al realizar cualquiera de los verbos rectores descritos en la conducta típica antes mencionada y que se adecue al marco legal antes citado, la valoración de los elementos objetivo y subjetivos del tipo penal llevaron a determinar a la Cámara que la conducta realizada por la imputada se ajusta al delito de posesión y tenencia, por haberse acreditado con medios legales de prueba los verbos rectores referidos el Art. 34 LRARD.

En resumen, el razonamiento de la Cámara analiza los diversos elementos de cargo, poniendo énfasis en la prueba testimonial de los agentes policiales y captores de la imputada, quienes confirman el lugar, día y hora cuando sucedió el hecho, el acta de detención en fragancia, el recibo y entrega de evidencia y el análisis pericial de la sustancia incautada donde se determina que da un resultado positivo a droga cocaína con un peso de uno punto dos gramos (1.2 g) con un valor de treinta dólares y diecisiete centavos ($ 30.17) concluyendo que a partir del plexo probatorio se confirmó que la procesada es responsable de la comisión del ilícito penal acreditado la acusada actuó con ánimo y conocimiento de que la sustancia que portaba era ilícita.

4. Consideraciones de la Sala. Ahora bien, es necesario delimitar los hechos acreditados en el presente proceso, los que han de ser contrastados con la norma penal sustantiva, a efecto de establecer la corrección del juicio de adecuación típica confirmado por la Cámara sentenciadora.

En ese orden, se advierte que el juzgador de primera instancia se limitó a señalar que la plataforma fáctica probada coincidía íntegramente con los hechos acusados por la representación fiscal, y así fue mantenido por el tribunal de apelación. Siguiendo este planteamiento, se tuvo por demostrado que la hoy procesada fue detenida el día treinta y uno de mayo de dos mil quince, a las veinte horas, en las inmediaciones del [...] San Miguel, en donde se decomisó una porción mediana que dio positivo a cocaína, dicha detención se da en las cercanías de su vivienda. Es conveniente resaltar que la sindicada intentó ingresar a su residencia por lo que es posible inferir que se dirigía hacia ésta y no hacia algún otro sitio.

Aunado a lo anterior, el primer examen de campo que le efectúan a la sustancia incautada dio resultado negativo, y es en un segundo intento que da positivo a cocaína, teniendo la misma un peso total de 1.2 gramos, y dada las circunstancias en que se desarrollan los hechos, la cantidad ínfima de la sustancia

y la baja calidad de la misma es que la representación fiscal debía probar que la conducta de la acusada no es autorreferente, sino que se encontraba revestida del ánimo de traficar o promover el consumo de terceras personas (Cfr. Sentencia de casación Ref. 291C2013, de fecha 07/04/2014.).

A contrario *sensu,* de lo anterior, la defensa no está en la obligación de probar que la droga estaba destinada a ser ingerida por la encausada (autorreferente), ya que sobre la imputada pesa su estado de inocencia que es precisamente dicho estadio el que debe quebrantar la representación fiscal al momento de su acusación y dirigir la misma que pese a las circunstancias que rodean el hecho la conducta de la señora [...]., ponía en riesgo la salud pública, que es el bien jurídico tutelado por el Estado, mediante la promoción del consumo de drogas por terceros."

ELEMENTOS QUE JUEZ DEBE CONSIDERAR PARA COMPROBAR LA RESPONSABILIDAD PENAL

"En tal sentido y para mayor abundamiento, los elementos que el juez debe considerar en el caso concreto son los siguientes: (1) el tipo de droga, (2) el grado de pureza; (3) la nocividad- es decir, la distinción entre drogas "blandas" y drogas "duras"; (4) la presentación de la droga; (5) la variedad,(6) la ocupación conjunta de varias sustancias; (7) la forma de ocultación; (8) la condición de drogodependiente o no del poseedor; (9) el uso de una falsa identidad del que la tiene; (10) la tenencia de instrumentos o material relacionado para la elaboración o distribución de la droga; (11) el hallazgo de dinero en cantidad inusuales para la capacidad del procesado; y (12) el lugar y el momento en que se ha realizado la ocupación de droga, entre otros (véase sentencia Sala Constitucional, Inc. 70-2006, de fecha 16/11/2012).

En ese orden, ya se estableció que por imperativo de la presunción de inocencia, la acusación estatal debe comprobar fehacientemente por vía de prueba directa o por indicios, la destinación al tráfico u otras formas de promoción del consumo de drogas, para que se configure el delito de Posesión y Tenencia Ilícita de Droga, Art. 34 Inc. 1° Pr. Pn. *(Cfr.* Sentencia de casación Ref. 291C2013, pronunciada el 07/04/2014, criterio reafirmado en la sentencia de casación Ref. 131C2015, dictada el 26/06/2015).

Bajo este parámetro y en el análisis de lo vertido en autos, sólo se ha demostrado que la acusada tenía bajo su dominio una porción de 1.2 gramos de bajo grado de pureza, en una presentación artesanal (pequeño recorte de bolsa plástica anudada en la parte superior envuelta en papel higiénico), un solo tipo de sustancia; al momento del hecho no oculta su verdadera identidad, no le encuentran instrumentos o materiales relacionados para la elaboración de drogas y no le encuentran dinero en cantidades inusuales para su capacidad económica, deteniéndola en la cercanías de su vivienda. Además, al abordar lo relativo a la antijuricidad material, el tribunal de primera instancia se limita a resaltar que la acusada no estaba facultada o justificada por el derecho para poseer la droga incautada y que no concurrían causas de justificación.

A su vez, la resolución confirmatoria de la Cámara seccional, expresó que

compartía el criterio del Juez de Paz, y consideró que se había realizado una mínima actividad probatoria para demostrar que a la indiciada se le incautó una porción de droga cocaína de uno punto dos gramos, y en cuanto a la lesividad de dicha conducta, se circunscribió a mencionar que no existían elementos probatorios, verbigracia, un examen toxicológico, para acreditar que la procesada era consumidora de drogas ilícitas.

Y es que al revisar la resolución de alzada, parece que los conceptos interpretativos desarrollados en la sentencia de inconstitucionalidad Inc. 70-2006 son obviados en el análisis del tipo penal de Posesión y Tenencia regulado en los dos primeros incisos del Art. 34 LRARD, limitándose a la visión tradicional de esta figura punible, esto es, que el ilícito se configuraba con la simple demostración que una persona poseía una cantidad de determinada droga, sin reflexionar sobre los elementos directos o indiciarios que ilustrasen al tribunal sobre la destinación de la sustancia prohibida.

Entonces, en el presente asunto es evidente la omisión en el razonamiento del juzgador de primera instancia, y ratificado por el colegiado de apelación, para establecer el "ánimo de traficar" como elemento subjetivo del tipo penal exigido en el Art. 34 Inc. 1° LRARD, que es precisamente la puesta en peligro la salud pública de otros, debieron dirigir argumentos que expliquen por qué la droga incautada era con fines de tráfico, dado la cantidad y la pureza de ésta, que sería el detonante diferenciador para caer o no dentro de la descripción que hace el legislador en la norma legal en mención, por lo cual es razonable pensar que era más bien para consumo, ya que como se enuncia, no se ha podido determinar que la droga decomisada era poseída con el ánimo o intención de destinarla al tráfico, que hubiese sido la hipótesis fiscal a demostrar.

Siendo así, dado que no se ha demostrado la puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la ley, ya que para que la conducta sea delictiva debe ofender no solo a la norma legal previamente establecida sino además, lesionar el bien jurídico tutelado por el Estado; aunado a esto, ha de aclararse que la conducta autorreferente consiste en aquella acción sin posibilidad remota de poner en peligro a otro y en la que una persona mayor de edad, conforme a una decisión individual afecta su propio ámbito personal, en este caso de salud, lo que no puede justificar la imposición de una pena o medida de seguridad, dado que este proceder recae en el campo de la autonomía moral y la privacidad.

En el presente asunto, basta con los análisis ya efectuados por los operadores de justicia plasmadas en la motivación analítica de primera y segunda instancia, así como al marco fáctico probado que se construyó a partir de estas inferencias, para identificar de manera palpable que se ha dictado una condena sin haber abordado adecuadamente la tipicidad subjetiva y sin explicar tampoco lo referente a la antijuricidad material, esto es, la efectiva puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Al no haberse establecido el "ánimo de traficar", esta Sala identifica un grave error en el juicio de subsunción típica del ilícito acusado, defecto del que también se deriva que no se ha reflexionado puntualmente sobre la lesividad de la conducta respecto al bien jurídico objeto de tutela, ni se ha agotado el análisis sobre el posible carácter autorreferente de la conducta probada. Por consiguien-

te, corresponde hacer uso de la potestad de corregir directamente la violación de la ley penal, mediante la emisión de la resolución que corresponde conforme a derecho.

En ese sentido, esta Sala es de la opinión, que partiendo de los referidos hechos probados que se agotan en establecer el hallazgo e incautación de droga ilícita así como el dominio y certeza de la droga, no se hace un esfuerzo verdadero y directo, dirigido a establecer o demostrar el elemento subjetivo especial denominado "ánimo de traficar", que es parte integrante de la descripción típica del delito acusado. No obstante, en lugar de ello, el Juzgado de Paz dictó una sentencia condenatoria sin haber agotado el análisis de una de las exigencias básicas del tipo acusado, incurriendo en infracción de la ley penal sustantiva, aspecto que se vio confirmado por la resolución de la Cámara de origen.

Por consiguiente, este tribunal procederá a casar la decisión objetada y utilizar la facultad de enmendar directamente la violación de ley, conforme al Art. 484 Pr. Pn., absolviendo a la imputada por el delito acusado; por ello, como efecto del proveído que hoy se emite, habrá de mantenerse en la situación de libertad que se encuentra, cesando además, las medidas sustitutivas a la detención provisional que le fueron impuestas en razón de este proceso."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 30C2016, fecha de la resolución: 21/11/2016*

## PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

REFLEXIONES GENERALES

"Número 8**.-** Ingresando a los motivos relativos a la errónea aplicación de la ley sustantiva, se procede a estudiar el motivo del licenciado [...], en cuanto a la revocación de la condena de los imputados [...], por el delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, previsto y sancionado en el Art. 36 LRARD derogada, en perjuicio de la salud pública.

**8.1.-** Para el representante fiscal, la Cámara ha realizado un cómputo defectuoso del plazo de prescripción de la acción penal, lo que condujo a revocar indebidamente el fallo condenatorio emitido por el Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador y declarar absueltos a los sindicados antes mencionados, bajo el argumento que los hechos acusados, consistentes en la incautación de cinco kilos de cocaína que eran transportados en el territorio de la República de Nicaragua, ya estaban prescritos, en razón que ocurrieron el día veintinueve de agosto del año mil novecientos noventa y ocho, habiéndose ejercido la acción penal hasta el día dieciocho de marzo del año dos mil trece, fecha en que se presentó el requerimiento fiscal, excediendo con creces el lapso de prescripción de diez años, de acuerdo a la intelección de la sede de alzada.

En lo esencial, el recurrente fundamenta el motivo invocado, explicando que el error del tribunal de apelación radicó en obviar lo dispuesto en los Arts. 32 y 33 del Código Procesal Penal vigente, soslayando que las normas procesales rigen a futuro y que la acción penal fue ejercida cuando ya estaban en vigencia

las referidas disposiciones de la ley adjetiva. Además, indica que a tenor de la regulación contenida en estos preceptos, el plazo de prescripción para el ilícito en comento era de quince años, añadiendo que por tratarse de un delito de consumación instantánea el plazo debía computarse a partir del día veintinueve de agosto del año mil novecientos noventa y ocho; concluyendo que al momento de presentar el requerimiento fiscal el hecho todavía no había prescrito, de modo que el fallo arribado por la Cámara es contrario a derecho.

Esta Sala considera que **el motivo invocado debe ser desestimado,** conforme a los razonamientos que se expondrán a continuación.

**8.2.-** La Cámara seccional abordó de manera extensa el tema de la prescripción de la acción penal en relación al delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito. El razonamiento que condujo a revocar la condena y pronunciar la absolución por esta figura penal consta en los considerados 303 a 384 de la resolución objetada.

Los Magistrados de alzada realizan una detenida reflexión sobre los aspectos generales de la prescripción de la acción penal, advirtiendo que ésta no debe ser entendida como un mero rito procedimental, sino que se trata de una institución íntimamente vinculada al derecho fundamental a la seguridad jurídica. Además, resaltan que la doctrina ha considerado que la prescripción de la acción penal es un instituto de naturaleza mixta, que busca satisfacer finalidades sustantivas y procesales. Añaden también que, en atención a los Arts. 15 y 21 Cn., la norma legal que debe ser empleada para determinar el plazo de prescripción es la que se encontraba vigente al momento de ocurrir el hecho, salvo que una norma posterior sea más favorable al imputado. Asimismo, establecen que una ley posterior no puede declarar perseguibles aquellos hechos que ya se encuentran prescritos, en virtud del transcurso del tiempo.

En lo relativo a las circunstancias particulares del asunto en discusión, el colegiado de alzada sostiene que está probado que el delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito se consumó el día veintinueve de agosto del año mil novecientos noventa y ocho, fecha en que fueron incautados los cinco kilos de cocaína en el territorio de la República de Nicaragua que eran transportados por la imputada [...], y otras dos personas, siguiendo instrucciones del sindicado [...]. Para la Cámara proveyente, debe aplicarse lo previsto en los Arts. 34 y 35 N° 1 del Código Procesal Penal de 1998, que estaba vigente al momento del hecho, que preveía que la acción penal prescribía al transcurrir un plazo igual a la pena máxima prevista en los delitos sancionados con sanción privativa de libertad, sin exceder de diez años; añadiendo que por las características del delito acusado, el cómputo debía iniciar desde el día de la consumación (Considerandos 324-329).

Al aplicar el criterio antes expuesto al caso concreto, la Cámara advierte que el delito en comento contemplaba una pena máxima de quince años de prisión, afirmando que lo procedente era utilizar el límite superior de prescripción de la acción penal (diez años) que estaba previsto en la legislación adjetiva vigente al momento de los hechos, contados a partir del día de la consumación del hecho punible, esto es, desde el veintinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho, por lo que se puede deducir que el hecho se encuentra prescrito en el mes

de agosto del año dos mil ocho (Considerandos 330 — 332).

Uno de los aspectos esenciales en el razonamiento de la Cámara de alzada al abordar esta temática se refiere a que el paso del tiempo consolida la prescripción de la acción penal, aunque ésta no haya sido declarada judicialmente, como resultado de la inactividad del Estado para ejercer oportunamente la facultad de perseguir los hechos ilícitos. En ese sentido, en la resolución impugnada se sostiene: *"sí los hechos están ya prescritos por el* paso *del tiempo, es independiente que la persecución se inicie con un Código diferente —en este caso, el aprobado mediante Decreto Legislativo 723 del veintidós de octubre de dos mil ocho, vigente a partir del primero de enero de dos mil once— puesto que la aprobación de un nuevo Código, no puede revertir los hechos que ya habían prescrito por el paso del tiempo" (sic).*

8.3.- Para dar respuesta al reclamo invocado, es conveniente formular (i) ciertas reflexiones generales sobre la prescripción de la acción penal, haciendo énfasis en la naturaleza jurídica de ésta; adicionalmente, habrá de (ii) referirse a la clasificación de los tipos penales de acuerdo al momento de su consumación y su incidencia en el cómputo de la prescripción de la acción penal.

En lo tocante a los alcances del instituto de la prescripción de la acción penal, en decisiones anteriores de esta Sala, se ha sostenido que ésta: *conlleva la imposibilidad* de *perseguir penalmente un hecho delictivo precisamente en caso de transcurrir determinados plazos legalmente establecidos, con lo que se genera el impedimento de enjuiciar el delito y por consiguiente, la finalización inmediata del proceso" (Sentencia de casación Ref. 78-CAS-2014, emitida el 13/04/2015).*

Cabe agregar que, por regla general, los hechos ilícitos prescriben al agotarse el lapso previsto en la ley, aunque existe un catálogo limitado de delitos que han sido reconocidos a nivel nacional e internacional como imprescriptibles, es decir, que son perseguibles en todo tiempo. La justificación de esta excepcional ausencia de limitación temporal al poder punitivo del Estado en ciertos hechos punibles como el genocidio, se encuentra en la particular trascendencia de los bienes jurídicos tutelados y en las previsiones imperativas del Derecho Internacional *(ius cogen).*

En cuanto a la naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal, cabe advertir que existe una amplia discusión doctrinaria sobre esta temática, identificándose posiciones encontradas de diversos autores, respecto a si se trata de una institución de derecho material, un impedimento o excepción procesal o si puede entenderse como una institución mixta que procura finalidades sustantivas y procesales (Cfr. YUSEFF SOTOMAYOR, G., *La prescripción penal,* Edit. Jurídica de las Américas, tercera edición, Santiago, 2009, P. 60-64).

En torno a este debate conceptual, esta Sala es del criterio que para abordar adecuadamente la naturaleza del instituto en comento, ha de comprenderse que éste satisface una finalidad legislativa múltiple, como acertadamente lo indica la jurisprudencia española, al sostener que junto al objetivo de ordenación procesal, coexiste la inequívoca voluntad del legislador para limitar el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, teniendo presente que el transcurso del tiempo disminuye la necesidad de respuesta penal, consideración que se deriva del principio de mínima intervención penal. *(Cfr.* Tribunal Constitucional del Reino de

España, sentencia 63/2005, dictada el 14/03/2005).

Conviene añadir que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que aun cuando las disposiciones que regulan la prescripción de la acción penal se encuentran desarrolladas en la legislación adjetiva, esto no obsta para reconocer que se encuentran íntimamente vinculadas a aspectos de derecho sustantivo, por lo que se afirma que esta figura: *"continúa siendo "la materia penal" a que hace referencia la Constitución en el inciso 1° del art. 21 Cn. Por lo tanto, si en esa materia sustantiva se plantea un conflicto de leyes en el tiempo, debe aplicarse la más favorable al delincuente".* (Sentencia de hábeas corpus Ref. 174-2003, emitida el 16/06/2004; interpretación reafirmada en la sentencia de hábeas corpus Ref. 68-2011, pronunciada el 04/09/2013).

También este colegiado casacional ha acogido el criterio antes apuntado en asuntos decididos con anterioridad, resaltando que pese a estar regulada en la ley adjetiva, la prescripción de la acción penal tiene un evidente vínculo con el derecho material al tener como efecto la imposibilidad de ejercer la potestad punitiva del Estado; añadiendo que, en virtud de esta conexión, en el ámbito de la prescripción de la acción penal rige plenamente lo previsto en el Art. 21 Cn, en cuanto a permitir la aplicación de la ley posterior solamente cuando es favorable al procesado (Cfr. Sentencia de casación Ref. 61-CAS-2014, de fecha 29/05/2015)"

CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES DE ACUERDO AL MOMENTO DE SU CONSUMACIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL CÓMPUTO DE LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN

"En lo concerniente a la clasificación de los delitos en relación al momento de consumación y la incidencia de este criterio en el cómputo de la prescripción de la acción penal, tiene dicho esta Sala en asuntos conocidos previamente que: *"el delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor, dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación jurídica; mientras que el delito instantáneo se consuma en el instante en que se produce el resultado, sin que éste determine la creación de una situación antijurídica duradera...El lapso de prescripción* [de la acción penal] *en los delitos instantáneos comienza a correr a partir del momento en que se perpetre el hecho delictuoso, en tanto que, en los delitos permanentes, dicho lapso corre desde que cesa la ejecución del delito"* (Sentencia de casación Ref. 211 C2012, dictada el 03/07/2013).

**8.4.-** Los conceptos desarrollados con anterioridad son útiles para resolver el motivo en análisis. En ese orden, esta sede considera acertada la intelección del colegiado de alzada, en cuanto a que la ley posterior no puede volver perseguible un hecho que ya había prescrito por el transcurso del tiempo, en razón del derecho fundamental a la seguridad jurídica.

Entonces, cabe afirmar que la norma aplicable para el cómputo de la prescripción de la acción penal es la que se encontraba vigente al momento de ocurrir los hechos, a tenor de lo dispuesto en el Art. 15 Cn., en relación a la exigencia

de ser juzgado conforme a leyes preexistentes a la comisión del hecho punible; con la excepción de que se emita una norma posterior que sea más favorable al imputado, supuesto en que se preferirá esta última conforme al Art. 21 Cn.

La doctrina confirma esta interpretación al sostener que: *"La seguridad jurídica se vería afectada si tuviera lugar una aplicación retroactiva de una modificación desfavorable en materia de prescripción... por 1o que debe estimarse que el principio de irretroactividad penal cubre estas situaciones"* (OLIVER CALDERÓN, G., "La aplicación temporal de la nueva regla de cómputo del plazo de prescripción de la acción penal en delitos sexuales con víctimas menores de edad", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Catolica de Valparaíso,* Vol. XXIX, Valparaíso, 2007, P. 265). **Lo** anterior implica la obligación insoslayable de emplear la ley preexistente al momento de ocurrir los hechos para determinar los lapsos de prescripción y las reglas relativas al cómputo de éstos, con la ya indicada excepción que la norma posterior sea favorable al indiciado."

IMPOSIBILIDAD QUE UNA NUEVA NORMATIVA PROCESAL PENAL PUEDE FACULTAR AL ESTADO A EJERCER EL PODER PUNITIVO RESPECTO A HECHOS QUE YA PRESCRIBIERON

"En ese sentido, tal como la Cámara lo ha desarrollado en la resolución objetada, según la norma vigente al momento del hecho, es decir, el Art. 34 N° 1 del Código Procesal Penal de 1998, al delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, Art. 36 LRARD derogada, le correspondía el plazo de prescripción de la acción penal de diez años, por cuanto la pena máxima del mismo era de quince años.

Aunado a lo anterior, es manifiesto que el hecho punible en mención, es de aquellos que se consuman de manera instantánea sin crear una situación antijurídica permanente, de ahí que al estar acreditado que el día de consumación del delito fue el veintinueve de agosto del año mil novecientos noventa y ocho, fecha en que fueron incautados los cinco kilogramos de la sustancia ilícita mientras eran transportados por la imputada [...], y otras personas, dentro del territorio de la República de Nicaragua, es desde esa fecha que debe computarse el plazo de prescripción de la acción penal.

Partiendo de estas premisas, es ineludible concluir que el delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, del que se acusó a los procesados [...], se encuentra prescrito desde el día veintinueve de agosto del año dos mil ocho, por el simple transcurso del tiempo, sin que este lapso puede ser ampliado por lo dispuesto en el Art. 32 N° 1 del Código Procesal Penal vigente, ya que éste comenzó a surtir efecto jurídico desde el día uno de enero del año dos mil once, y como se ha establecido la imposibilidad que una nueva normativa procesal penal puede facultar al Estado a ejercer el poder punitivo respecto a hechos que ya prescribieron.

Por lo apuntado, el reclamo de la agencia fiscal debe ser desestimado, manteniendo sus efectos la absolución decretada por la sede de alzada en razón de la prescripción de la acción penal."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 149C2016, fecha de la resolución: 28/10/2016*

## PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

CONTENIDO RECONOCIDO POR EL TRIBUNAL CASACIONAL

"Como punto de partida conviene retomar el contenido del principio de congruencia. Así pues, éste constituye uno de los pilares sobre los cuales se estructura el proceso penal que permite alcanzar una solución conforme con la reclamación manifestada en el asunto controvertido, evitando así que el juez decida fuera de las demandas planteadas por las partes. Doctrinariamente la congruencia se ha definido como aquel precepto normativo que limita facultades resolutorias del enjuiciador, por el cual debe existir identidad entre lo resuelto y controvertido por los litigantes.

Obviamente, su contrapartida es la "incongruencia", defecto en que incurre el Tribunal al otorgar cosa distinta a la solicitada. Al respecto, los juristas realizan una distinción clásica de esta irregularidad, a saber:

a) Incongruencia por *ultra petita,* que se produce al otorgar más de lo pedido, circunstancia que puede darse en la presentación de la pretensión como en la respuesta formulada por la oposición. B) Incongruencia por *extra petita,* al extender el pronunciamiento a cuestiones no sometidas a la decisión del juzgador. C) Incongruencia por *infra petita,* cuando se decide sobre una pretensión en extensión menor que lo solicitado. D) Incongruencia por *citra petita,* llamada también omisiva, que se produce al omitir la decisión de un asunto cuya resolución formó parte de la contienda y no existir autorización legal que permita así decidirlo, falta de pronunciamiento que puede ser total o parcial.

Jurisprudencialmente, dicho Principio ha recibido el siguiente tratamiento: "Las exigencias mínimas que el razonamiento judicial tiene que satisfacer, son las siguientes: a. Autosuficiente y comprensible. Esto supone que, el análisis debe exponer las razones que alimentan la conclusión tomada por el sentenciador, a fin de aprobar la exigencia de validez que impone el Debido Proceso. En consecuencia, el juzgador habrá de expresar cuáles son los elementos de juicio concretos que le sirven de apoyo o en caso contrario, pronunciarse sobre la insuficiencia o ineficiencia de los mismos. Aunado a ello, la fundamentación será comprensible, en tanto que este requisito potencia el control social difuso respecto del ejercicio jurisdiccional; en ese entendimiento, los postulados que conforman las sentencias preferentemente se expresarán de manera sencilla y accesible a las partes y a cualquier persona de cultura media del lugar en que se dicte; b. Respeto al principio de congruencia. Es decir, entre el pronunciamiento judicial y las peticiones de las partes, habrá una correspondencia, evitando los excesos- conceder más de lo solicitado- o las deficiencias -omitir injustificadamente pronunciarse sobre alguna de las cuestiones decisivas del debate- en la respuesta judicial. En definitiva, la congruencia implica también obediencia al principio *de contradicción que obviamente gobierna la actividad judicial."* (Sic. Fallo referencia 667-CAS-2010, pronunciado por esta Sala, a las doce horas con cuarenta minutos del día diecinueve de mayo del año dos mil catorce)."

OBSERVADO AL HABERSE EMITIDO UN PRONUNCIAMIENTO CLARO, CONCRETO Y ACERTADO

"De acuerdo a su escrito casacional el licenciado [...], afirmó que la defensa técnica en la interposición del recurso de apelación, formuló un reclamo sobre el cual no hubo respuesta alguna por parte de la Cámara encargada, pues denunció que el vicio en la fundamentación analítica de la sentencia emitida en primera instancia radicó en valorar de manera mutilada la deposición rendida por la menor víctima, ya que su narración arrojó elementos de descargo que hacen colegir que se trata de un hecho culposo y por lo tanto, atípico para esta clase de conducta.

Si se retoma la decisión de alzada, concretamente a partir del Número 2, se observa que el colegiado inicia su respuesta sentando bases doctrinarias, en seguida retoma el acervo probatorio, coteja los resultados de dichas evidencias con el razonamiento judicial y concluye que la labor de motivación se ha agotado de manera completa, clara y coherente, tal como puede ser verificado en los Números 6 y 7 del fallo, en los cuales literalmente se ha consignado: "(...) *Al analizar la sentencia de la cual se ha alzado la defensa, se tiene que la juez que pronunció ha cumplido con los requisitos de motivación señalados, pues ha establecido los hechos por los cuales se procesa a la imputada, un desglose de la prueba ofertada y producida en el plenario la cual consistió en prueba testimonial, documental y pericial, que ha sido debidamente valorada, realizándose también las respectivas valoraciones de carácter jurídico en cuanto a la imputación penal que se le ha atribuido a la justiciable y por lo cual ha sido declarada culpable, de tal manera que dicha funcionaria cumplió con los deberes de motivación que le impone la ley, es decir, todos los aspectos que requieren la expresión de motivos por parte del juez se encuentran desarrollados en la sentencia y por ello no puede decirse que la misma carezca de motivación." (Sic).*

La decisión no se reduce a una mera exposición que confirma la condena interpuesta, sino que retoma a profundidad el supuesto elemento de descargo argumentado por la defensa técnica: se trata de una conducta culposa, pues el conocimiento y la dirección de la voluntad de la imputada no se dirigieron a ocasionar un daño físico a la menor víctima, sino a la mascota que al momento de los hechos estaba junto a ella.

Ello se advierte del Número 9 al Número 21 de la sentencia, apartados que han sido desarrollados en coherencia con los conocimientos doctrinarios, en tanto que se inicia abordando los requisitos para otorgar credibilidad a una víctima (esto es, persistencia en la incriminación, verosimilitud, ausencia de incredibilidad subjetiva y ausencia de móviles espurios) y luego se conjugaron tales conocimientos con el caso concreto. Así pues, el desarrollo del examen de fiabilidad a la víctima, concretamente expone: *"Número 12. Así en la declaración de la menor se pueden denotar aspectos importantes que ayudan a brindar credibilidad a su dicho como son: Ausencia de incredibilidad subjetiva (...) es decir, en la menor no concurre ningún motivo espurio para tratar de perjudicar a su progenitora. Y al contrario, la versión de la justiciable y de los* otros *testigos indicando que las*

*escoriaciones de la niña fueron producto de una caída, tratan de presentar a* la *niña* como *mentirosa, pero ello no se corresponde con el conjunto de pruebas (...) Número* 13. *Verosimilitud. Se requiere que el testimonio tenga en su contenido, un parámetro de veracidad, que este rodeada de corroboraciones periféricas, de carácter* objetivo *que le doten de aptitud probatoria y precisamente la versión de la menor aparece* como *creíble, según los hechos aseverados de una manera clara y sencilla y corroborados por pruebas periciales (...) Número 14. Persistencia en la incriminación. (...) aquí la versión de la niña se ha mantenido persistente en* lo *medular, en el sentido que los golpes que presentaba fueron consecuencia del cinchazo que le propinó su madre (...) Número 15. La versión de la niña* es *sustancialmente armónica con el peritaje psicológico realizado en la víctima (...) Número 21. La tesis del apelante de que la prueba demostró un hecho culposo y no uno* doloso, *no resulta sostenible, por cuanto el conjunto de la prueba sí ha demostrado con suficiencia que la lesión de la niña fue ocasionada por el castigo, siendo concordante el dicho de la menor, la evaluación psicológica y la del reconocimiento de lesiones, por ello la juez ha valorado correctamente la prueba, la imputación del* hecho como doloso, *la credibilidad del dicho de la menor."* (Sic).

La alzada concluyó que el supuesto dato desincriminatorio aportado en la audiencia de vista pública no era de la robustez suficiente como para desvirtuar la anterior persistencia en la incriminación, ni el conjunto de elementos de convicción que llevaron al juez de primera instancia a imponer una sanción por la conducta de MALTRATO INFANTIL, atribuida a […].

Es pertinente aclarar ante este punto que, las razones concretas por las cuales la Cámara confirmó la fiabilidad de la deponente no riñen con el correcto entendimiento humano, ni tampoco han sido derivadas de elementos probatorios no incorporados al juicio, se está ante la presencia de una labor de análisis clara, concreta y acertada.

En atención a lo expuesto, estima esta Sala que el pronunciamiento de segunda instancia, ha colmado el requisito de completitud, pues no sólo ha relacionado los aspectos argumentados por las partes sino que abordó los puntos de protesta y además, se otorgó solución a cada uno de ellos sin obviar ninguna de las pretensiones o alterar la esencia de lo requerido. De tal manera, estima este tribunal que no procede acceder a la exigencia del inconforme."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 312C2016, fecha de la resolución: 26/10/2016*

INEXISTENCIA DE DISCREPANCIA ENTRE EL FALLO Y EL OBJETO DE ACUSACIÓN

"El asunto a resolver en el primer motivo, es si existe o no la incongruencia denunciada, entre los hechos acusados y los colegidos por la Cámara en su pronunciamiento. Posteriormente y a partir de lo anterior se determinará si se ha producido o no la violación a las reglas de la sana crítica alegada por la impugnante.

Así, del examen de la sentencia de Cámara se extraen como hechos acusados los siguientes: *"...En el mes de junio del año dos mil cinco, la imputada [...], solicitó a la señora [...] (madre de la imputada), que le transfiriera el dominio de*

*la casa de Ciudad Satélite _Dicha transferencia la solicitó a nombre de su hijo [...], en vista que por sus problemas económicos, le podían embargar la casa _La víctima manifestó a su hija que no podía transferirle completamente la casa, ya que por su avanzada edad ella ya no podía trabajar y tenía que asegurarse de tener lo suficiente para seguir viviendo _Ante las súplicas de la imputada, la víctima accedió a transferir la nuda propiedad al hijo de la imputada, reservándose la víctima de forma vitalicia el derecho de usufructo _En los primeros días de julio de dos mil cinco, la imputada instruyó al notario [...], para que hiciera una escritura de compraventa pura y simple en la que la víctima, le vendía el inmueble al imputado [...] _En esa ocasión, la imputada no le dijo nada al notario que la víctima deseaba reservarse el derecho de usufructo del inmueble _El precio de venta consignado en la escritura pública fue de veintidós mil ochocientos sesenta dólares; el cual cabe mencionar la víctima nunca recibió y es absolutamente desproporcionado con el valor real del inmueble, que tiene un valor aproximado de ciento veinte mil dólares _El Notario elaboró la escritura de compraventa pura y simple a las diez horas del día cuatro de julio del año dos mil cinco, en la que comparecencia la señora [...], como vendedora y el señor [...], como comprador y estableciendo también que en ese acto la víctima recibía la cantidad de veintidós mil ochocientos sesenta dólares _Posteriormente, el Notario entregó las hojas de protocolo a la señora [...], para que se las llevara a su madre y su hijo para que las firmaran _Al momento que la imputada llevó las hojas de protocolo en comento, le dijo a la víctima que era la escritura de la transferencia de la nuda propiedad de la casa de la Ciudad Satélite hacia el imputado [...], asegurándole a la víctima que en el documento constaba que el derecho de usufructo le quedaba reservado a ella de forma vitalicia y diciéndole que no se preocupara que firmara _Por la confianza que la víctima le tenía a su hija y creyendo que solamente firmaba la escritura de transferencia de la nuda propiedad con reserva vitalicia del usufructo, además de la insistencia de la señora [...], para que firmara, la señora [...], firmó la escritura matriz sin saber lo que estaba firmando _Posteriormente la señora [...], llevó la escritura matriz ya firmada por ambas partes al Notario [...], quien actuando de buena fe procedió a entregar el testimonio de dicha escritura a la señora [...]....". (Sic)*

Asimismo, consta en el proveído de Segunda Instancia que la Cámara del análisis de los hechos acusados derivó lo siguiente: *"...Como punto de partida debe indicarse, que en el caso de alzada se pueden denotar dos momentos claramente diferenciables: Primero, cuando la víctima e imputados se ponen de acuerdo para la elaboración de la venta con nuda propiedad, en la que consignaría una cláusula de usufructo vitalicio; y segundo, la elaboración de la escritura _1) Respecto al primer momento, es un dato relevante que se haya pactado la venta del inmueble bajo cláusula de usufructo vitalicio, y que la víctima al momento de contratar era sabedora de tal circunstancia _En otras palabras, al momento de disponer la venta con usufructo vitalicio, no actuó con desconocimiento del acto, por ende bajo un supuesto de error _2) En lo atinente al segundo momento, consistente en la elaboración de la escritura pública en la que se documentó la venta del inmueble antes pactada, cabe decir, que se omitió incluir una cláusula de usufructo vitalicio, que es la condición bajo la cual la víctima*

*otorgaba la venta ...". (Sic)*

De las partes antes citadas del proveído impugnado, se desprende que el punto específico de discrepancia que aduce la recurrente es que en los hechos acusados se menciona que la víctima accedió a transferir la nuda propiedad al hijo de la imputada a ruego de esta última; y en los hechos que la Cámara colige en su análisis, es que la víctima e imputados se ponen de acuerdo para la elaboración de la venta de nuda propiedad en la que se condignaría una cláusula de usufructo vitalicio.

En tal sentido, la discrepancia se reduce a la manera en que Cámara denomina el acto jurídico a celebrarse entre la víctima e imputado, al que llama venta de nuda propiedad del inmueble bajo cláusula de usufructo vitalicio, que para los efectos jurídicos del presente caso resulta ser intrascendente, pues lo acordado entre las citadas partes contratantes, llámase como se llame, se trata de una enajenación de la nuda propiedad, en la que la víctima pidió se hiciera la reserva del usufructo vitalicio, por lo que el hecho que la Cámara haya interpretado los sucesos de esa forma, no altera de modo alguno la esencia del derecho de defensa.

Y es que, para esta Sala lo que se prohíbe en virtud del principio de congruencia, es que un fallo dicte un hecho diferente del que fuera objeto de acusación. Así, lo ha sostenido reiteradamente este Tribunal; véase para el caso la sentencia de esta Sala en la casación con referencia 135-Cas-2007 de fecha 06/01/2010, en la que se resolvió: *"...Esta Sala estima pertinente señalar que en virtud del principio de correlación entre acusación y sentencia, establecido en el Art. 359 Pr. Pn., lo que se prohíbe 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 manera que se modifique el hecho en su propia esencia ...".* (Sic)

En consecuencia, y en vista que no se ha infringido el Principio de Congruencia, lo procedente es declarar no ha lugar el motivo invocado.

A su vez, y en virtud que el argumento de la recurrente, en cuanto a la violación a las reglas de la sana crítica, parte o tiene como base la existencia del vicio que antecede, y dado que el mismo no concurre, tal como se ha constatado, el segundo motivo debe rechazarse.

En otras palabras, del análisis del recurso, en este punto, se extrae que la base de la estructura del vicio de la violación a las reglas de la sana crítica alegada, la impugnante la hace descansar en la discrepancia entre el hecho acusado y el colegido por la Cámara, la cual como ya se expresó, es inexistente, razón por la que el vicio alegado debe desestimarse.

Sobre la base de lo expuesto, esta Sala procederá a confirmar el proveído recurrido y declarar sin lugar el recurso de casación interpuesto."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 53-C-2014, fecha de la resolución: 04/01/2016*

## PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL

CONSTITUYE UN REQUISITO INDISPENSABLE DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

"En lo que concierne al proceso 420C2015 según el memorial recursivo se

invocan dos motivos, en el primero, el solicitante alega la Inobservancia de las reglas relativas a congruencia, Art. 478 N° 4 Pr. Pn. Pues se ha observado que en toda la sentencia de segunda instancia, en ningún momento resolvió los motivos invocados en el recurso de apelación, en vez de ello, decretó la nulidad absoluta del proceso, lo que constituye un vicio de la sentencia, pues no hay congruencia en lo que se somete a su conocimiento como tribunal de alzada y lo que éste al final resolvió. La incidencia es entonces, que al no resolver los motivos expuestos y planteados, se está poniendo fin a la acción penal que está ejerciendo la representación fiscal, y con ello se genera, por una parte, impunidad y, por otra, se quebranta el debido proceso.

En el segundo motivo el impetrante alega un defecto de fondo, consistente en la inobservancia o errónea aplicación de la ley penal, Art. 478 N° 5 Pr. Pn., y expresa que la Cámara considera, a partir de su análisis de competencia, Art. 394 Pr. Pn., y para decretar nulidad del proceso, que los hechos, dada su naturaleza, se le imputa a un grupo de militares, encargados de ejecutar la destrucción de la granadas, quienes las sustraen del lugar de destrucción; lo cual, según el tribunal, tuvo que resolverse en la jurisdicción militar, ya que los hechos son constitutivos de los delitos contemplados en el articulo 147 y 149 del Código de Justicia Militar, por lo que consideró que la jurisdicción común no es competente, y de ahí que el proceso penal según la Cámara es nulo.

2.- Inicialmente, corresponde aclarar que esta Sede Casacional al efectuar el estudio de las diligencias del presente caso, ha advertido la existencia de irregularidades insoslayables que conllevan a una clara y evidente infracción a la garantía de imparcialidad judicial y consecuentemente al principio de legalidad y el debido proceso.

Al respecto, se considera oportuno expresar que el derecho a ser juzgado por un juez natural, independiente e imparcial, forma parte esencial del debido proceso y constituye un requisito indispensable de un Estado democrático de derecho. La imparcialidad atiende a la ajenidad del juez frente a los intereses de las partes en la causa; la independencia, a su exterioridad al sistema político y, más en general, a todo sistema de poderes; la naturalidad, a que su designación y la determinación de sus competencias sean anteriores a la comisión del hecho sometido a juicio. Si bien se trata de aspectos diversos de la naturaleza imparcial del juez, se encuentran indisolublemente ligados y tienen una misma base normativa.

Sobre la reseñada garantía, el artículo 16 de la Constitución de la República manda: *Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias en una misma causa (Sic).*

Asimismo, el Art. 172 inciso 3° de la misma Carta dispone: “Los Magistrados y Jueces en lo referente al ejercicio de la función pública jurisdiccional son independientes y están sometidos exclusivamente a la constitución y a las leyes.

El Art. 186 inciso 5° expresa: *“...La ley deberá asegurar a los jueces protección para que ejerzan sus funciones con toda libertad en forma imparcial y sin influencia alguna en los asuntos que conocen...” (Sic.).*

Y Finalmente el principio de imparcialidad establecido en el artículo 4 del Código Procesal Penal, que deriva del mandato constitucional establecido en

las disipaciones antes referidas, que debe ser aplicado por el juez en toda su labor judicial, ya que este principio permite describir dicha labor como aquella en la que este, sin ser parte en un litigio, debe decidir sin interés personal alguno en el mismo, es decir, sin tener prejuicio respecto de la materia a juzgar o en detrimento de las personas que intervienen en el mismo. A fin de proteger esta garantía, la única sumisión admisible para dichos funcionarios es la que deviene de su vinculación exclusiva a la Constitución de la República y demás leyes; en virtud de ello y en búsqueda de la protección de la imparcialidad judicial.

Aunado a lo anterior, tenemos los Artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los cuales se hace énfasis en la necesidad de que el Tribunal sea independiente e imparcial al momento de juzgar.

De la misma manera, el autor José María Casado Pérez, expone en su obra "Código Procesal Penal Comentado", página 294 y 295: "... *tras expresarse que la Constitución requiere jueces y magistrados independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley, se dice que ello forma parte del debido proceso, en donde el órgano jurisdiccional asegure al individuo la imparcialidad...."* (Sic.)."

FUNCIONARIOS QUE HAN CONOCIDO PREVIAMENTE DE UNA MISMA CAUSA DEBEN EXCUSARSE EN ARAS DE GARANTIZAR LA LEGALIDAD E IMPARCIALIDAD DE SU ACTUACIÓN

"En lo que interesa para resolver el presente caso, se tiene que en el proceso clasificado con Ref. 258C2015 con fecha nueve de julio de dos mil quince, la Cámara de la Tercera Sección del Centro, San Vicente, conoció de la apelación presentada por los fiscales […] en contra de la sentencia mixta dictada por el Tribunal de Sentencia de Zacatecoluca, el día veintidós de octubre de dos mil catorce.

En el caso con referencia 240C2015 como antecedente se tiene que, antes de la separación de los procesos, el Juzgado de Primera Instancia de San Pedro Masahuat, celebró la audiencia preliminar por los delitos de Agrupaciones Ilícitas, Tenencia Portación o Conducción de Armas de Guerra y Comercio Ilegal y Depósito de Armas, en contra de los imputados […] y una vez concluida la misma, remitió las actuaciones al Tribunal de Sentencia de Zacatecoluca, sede que conoció de la vista pública, y con fecha veintidós de octubre de dos mil catorce dictó sentencia definitiva mixta, para los procesados arriba expresados, salvo el imputado […] pues, este no compareció al juicio por razón de encontrarse hospitalizado, razón por la cual el Juzgador ordenó la realización de la vista pública respecto de este último por otro juez, quien al final de la misma dictó sentencia absolutoria a favor del referido imputado, el quince de diciembre del dos mil catorce.

De lo anterior y conforme al análisis de las actuaciones de ambos procesos, se colige que de las sentencias pronunciadas en primera instancia, conoció en apelación la Cámara de la Tercera Sección del Centro.

Referente a lo anterior, cabe aclarar que aunque no aparecen en ninguno

de los dos pronunciamientos los nombres de los Magistrados proveyentes, si se puede apreciar que en ambos se trata de las mismas firmas; por lo tanto puede inferirse que de las anteriores apelaciones conocieron y resolvieron los mismos magistrados de la Cámara de la Tercera Sección del Centro, San Vicente, quienes por ende, estaban legalmente impedidos para conocer en el segundo proceso y declarar la nulidad absoluta de todas las actuaciones seguidas en contra del imputado […] pues ellos no podían desconocer la prohibición legal, Art. 66 No. 1 CPP., que en lo que atañe reza: "... *son causales de impedimento del juez o magistrado: 1) Cuando en el mismo procedimiento haya conocido en la fase de instrucción o concurrido a pronunciar sentencia...".* En ese sentido, los referidos funcionarios debieron excusarse, en aras de garantizar la legalidad e imparcialidad de su actuación como parte esencial en el ejercicio de la función jurisdiccional; de ahí que, la negligencia estatal no puede afectar los derechos fundamentales de las partes intervinientes, pues, los errores imputables a los funcionarios públicos, no pueden producir quebranto a las garantías constitucionales que informan el proceso penal.

Como se observa en los párrafos precedentes, los Magistrados de la Cámara no reparan en el óbice que tenían para pronunciar nueva sentencia en el proceso de mérito (420C2015); ya que como se refirió en el párrafo precedente, se prescribe en la citada norma, como causal de impedimento para que un Juez o Magistrado no conozca en el mismo procedimiento que haya concurrido a pronunciar sentencia.

Así, nos encontramos frente a un defecto procedimental que acarrea inobservancia de garantías el que no puede pasarse por alto, pues, lo contrario implicaría un deficiente reconocimiento de los derechos del imputado como sujeto procesal, que provocaría al mismo tiempo una limitación al ejercicio ecuánime del derecho de tutela judicial efectiva. Por consiguiente, la actuación de esta Sede Casacional no puede encaminarse en otra dirección que no sea la reparación de todas las posibles afectaciones del acto viciado, considerando imperiosa su reposición.

En consecuencia, esta Sala considera que la sentencia pronunciada por los Magistrados de la Cámara de la Tercera Sección del Centro, San Vicente, que decretó la nulidad absoluta de todo el proceso penal, conforme a los Arts. 346 N° 1 y 347 ambos del Código Procesal Penal, constituye una decisión que cierra toda posibilidad de reponer las actuaciones y, por ende, impide la continuación del proceso; y siendo dicho proceso por los mismos hechos del que fueran también procesados [….] no está con arreglo a la ley, sino, como se dijo en párrafos anteriores, en una clara infracción a los principios de imparcialidad judicial, legalidad, debido proceso y, por consiguiente, en la inobservancia de derechos y garantías fundamentales establecidos en el N° 7 del artículo 346 del Código Procesal Penal, por lo que ineludiblemente, esto conlleva a anular de oficio, la sentencia dictada en el presente caso y ordenar a otra cámara que resuelva el recurso de apelación interpuesto conforme a derecho corresponda.

Consecuentemente, deberá invalidarse la sentencia pronunciada por la Cámara de la Tercera Sección del Centro con Sede en San Vicente, a las dieciséis horas del día diecisiete de noviembre de dos mil quince, mediante la cual resol-

vió declarar la nulidad absoluta de todo el proceso penal seguido en contra del imputado […] conservando su validez las actuaciones hasta antes del pronunciamiento de la Cámara que ahora se anula.

Finalmente, y atendiendo los expresados efectos de las nulidades no subsanables, que tornan inválidas todas las actuaciones subsiguientes y derivadas del acto o resolución que se considere viciada, se vuelve inoficioso cualquier pronunciamiento sobre el recurso de casación interpuesto, relacionado en el preámbulo de la presente resolución, por cuanto intentan atacar la sentencia de Segunda Instancia que ahora se declarará nula.

En conclusión, en la causa con Ref. 258C2015, debe casarse la sentencia pronunciada por la Cámara de la Tercera Sección del Centro, San Vicente, en virtud de resultar procedente uno de los motivos invocados en el recurso interpuesto; y en el proceso con Ref. 420C2015, se anula de oficio la resolución pronunciada por la misma Cámara, consistente en declarar la nulidad absoluta del proceso.

Tomando como punto de partida que, en la causa clasificada en esta Sede con número de referencia 258C2015, se está casando la sentencia proveída por la Cámara; y que en la causa 420C2015 se está decretando de oficio la nulidad absoluta del fallo que resolvió la anulación de todo el proceso penal, es procedente remitir el presente proceso acumulado a la Cámara de la Tercera Sección del Centro de San Vicente, la cual deberá enviarlo a la Cámara de la Segunda Sección del Centro con sede en la ciudad de Cojutepeque, a efecto que conozca y resuelva los recursos de apelación interpuesto en cada uno de los procesos antes citados."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 258C2015AC, fecha de la resolución: 15/07/2016*

GARANTÍA FUNDAMENTAL

"1.- El derecho a un juez imparcial es considerado como una garantía fundamental de la Administración de justicia en el Estado de Derecho, cuya observancia es imperativa para su existencia. De tal suerte, que la función judicial solamente puede ser ejercida de manera legítima, por funcionarios sometidos únicamente al Derecho, esto es, sin vinculación a intereses específicos o a cuotas de poder; así, acertadamente indica el Tribunal Constitucional Español que: "...sin juez imparcial no hay, propiamente, un proceso jurisdiccional...", (STCE 178/2014 de fecha 3 de noviembre de 2014)."

RECUSACIÓN Y EXCUSA

"2- La garantía de imparcialidad judicial, se proyecta esencialmente hacia las partes como un derecho al acceso a la justicia y a las garantías que informan el debido proceso. Para darle cumplimiento y para salvaguardar este derecho que asiste a los usuarios del proceso penal, se ha previsto en la legislación adjetiva, la regulación de las instituciones jurídicas de la recusación y la excusa, a efectos de establecer el camino legal a seguir ante la concurrencia de una causa

de impedimento por parte de un funcionario judicial, con el ánimo que este se aparte del conocimiento de una determinada causa, cuando se esté ante la presencia de un motivo que comprometa su criterio."

CORRECTO CAUSAL DE IMPEDIMENTO AL EXISTIR UN CONTACTO PREVIO CON EL FONDO DEL ASUNTO

"3.- Una vez realizadas tales reflexiones, debe de procederse a calificar el motivo de impedimento invocado por la licenciada Fortín Huezo. En esa línea, habiendo revisado las actuaciones remitidas a esta Sala, puede apreciarse que, ante la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, se ha presentado escrito de apelación por parte del licenciado Ayala Salgado, en su calidad de querellante. Éste recurso tiene por objeto controlar el auto de sobreseimiento definitivo que fue dictado por el Juez Décimo Cuarto de Paz de esta Ciudad, en virtud de lo resuelto por esta Sede en la sentencia 9C2015 de las ocho horas cinco minutos del día veintidós de junio del año recién pasado, cuando este Tribunal de Casación era integrado por las licenciadas Doris Luz Rivas Galindo y Rosa María Fortín Huezo y el licenciado Miguel Alberto Trejo Escobar.

De tal manera, resulta evidente que la funcionaria que se excusa, tuvo un contacto previo con el thema decidendum del proceso, es decir, los hechos y el derecho controvertidos que ante su autoridad judicial han sido sometidos, por lo que si descendiera al conocimiento del mismo, su criterio podría verse sujeto a prejuicios originados en el primer juzgamiento de la causa, que realizó cuando integró esta Sala. Por tal razón, se advierte que se configura la causal de impedimento de la que trata el Art. 66 No. 1 Pr. Pn., que estipula: "Son causales de impedimento del juez o magistrado las siguientes: 1) Cuando en el mismo procedimiento haya conocido en la fase de instrucción o concurrido a pronunciar sentencia".

Consecuentemente, habiendo concurrido en este caso un motivo de abstención legal, ya que existió un contacto previo con el fondo del asunto sometido a juicio, resulta procedente acceder a la excusa planteada por la licenciada Fortín Huezo a inhibirse de decidir del presente asunto, con la finalidad de garantizar el derecho de las partes a ser juzgados por una autoridad judicial imparcial. Por lo anterior es necesario llamar a un Magistrado Suplente, con el fin de conformar el tribunal que se pronunciará sobre la referida alzada."

IMPROCEDENTE SEPARAR A UN FUNCIONARIO JUDICIAL QUE NO DECIDE SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO SINO UN TRÁMITE DE MERO DERECHO

"En lo relativo a la consideración realizada por la Magistrada Ana Victoria del Rosario Martínez Rodríguez, sobre el hecho de que si bien suscribió la resolución en la que se declaró inadmisible el primer recurso de apelación incoado en el presente proceso, advierte que a su juicio no existe impedimento alguno para conocer nuevamente del recurso presentado, ya que en aquella resolución no hubo un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, puesto que su decisión

versó sobre la extemporaneidad del referido recurso. Al respecto, esta Sede entiende que es acertado el criterio sostenido por la licenciada Martínez Rodríguez, el cual, además, ya constituye una línea jurisprudencial de este Tribunal (Véase las sentencias 267C2013 del 6 de mayo de 2014 y 8C2015 pronunciada el 9 de marzo de 2015).

Finalmente, conviene señalar que si bien la licenciada Doris Luz Rivas Galindo, concurrió junto con la magistrada que se excusa a dictar la sentencia con referencia 9C2015, en aquel momento, se proveía una resolución que, tal como en líneas anteriores se ha dicho, resolvía el fondo del asunto discutido; sin embargo, en esta ocasión no se está decidiendo sobre la tesis de fondo, sino sobre una cuestión de mero trámite, razón por la cual, no pesa sobre la licenciada Rivas Galindo, ninguna causal de inhibición para decidir el presente incidente de excusa (En similar criterio véase la resolución 71-EXC-2015, de fecha 1/02/2016)."
*Sala de lo Penal, número de referencia: 11-EXC-2016, fecha de la resolución: 18/03/2016*

NATURALEZA JURÍDICA

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

Además, como segunda dimensión la imparcialidad es una garantía consagrada a favor de los justiciables, a tenor de lo establecido en el Art. 186 Inc. 5° de la norma constitucional, en relación con el Art. 4 Pr. Pn. A la vez, se encuentra consagrado en diversas disposiciones contenidas en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, tales como los Arts. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, preceptos de obligatorio cumplimiento en nuestro orden jurídico. Al respecto, se sostiene en consideraciones doctrinarias: "Como garantía procesal, la imparcialidad busca que el juez que debe decidir el objeto del proceso no pierda su carácter de tercero imparcial evitando que concurra a resolver un asunto si existe la sospecha que, por determinadas circunstancias, favorecerá una de las partes, dejándose llevar por sus vínculos de parentesco, amistad, enemistad, interés en el objeto del proceso o estrechez en el trato con uno de los justiciables, sus representantes o sus abogados" (ROMERO SEGUEL, A., Curso de Derecho

Procesal Civil, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, P. 73).

Con el objeto de preservar la imparcialidad judicial, el legislador ha establecido de manera predeterminada ciertas causales de impedimento, las que indican una sospecha fundada de vinculación, criterio previo o interés en el resultado del juicio, y justifican racionalmente la separación del juzgador. No obstante, más allá de la enumeración legal de estas causales, esta sede ha venido afirmando en incidentes conocidos con anterioridad que es factible apreciar otras circunstancias razonables, serias y comprobables que puedan poner en cuestión la ecuanimidad del juzgador en el caso concreto, con objeto de salvaguardar la confianza que los tribunales deben inspirar al conjunto de la sociedad y tutelar la garantía de imparcialidad de las partes (Cfr. Auto de calificación de excusa Ref. 36-EXC-2015, de fecha 13/10/2015)."

PROCEDE ABSTENCIÓN CUANDO EXISTA UNA RELACIÓN DE TRABAJO ACTUAL O PRECEDENTE ENTRE EL JUZGADOR Y UNA DE LAS PARTES, PESE A NO CONCURRIR ALGUNO DE LOS MOTIVOS PREVISTOS EN LA LEY ADJETIVA

"2. Los conceptos apuntados con anterioridad resultan relevantes para la solución del incidente planteado. En ese orden, esta Sala considera que a los Magistrados […] les asiste la razón en su solicitud de inhibición, aun cuando la situación descrita no encuadra en ninguna de las trece causales de impedimento que regula el Art. 66 Pr. Pn.; y es que, el vínculo subjetivo del imputado con los funcionarios excusantes, por estar laborando dicha persona como Oficial Mayor de la Cámara de origen, viene a configurar una circunstancia seria, objetiva y comprobable que puede conllevar a que las partes, en especial, los acusadores, pongan en duda la ecuanimidad judicial en el asunto en discusión, y adicionalmente, este cuestionamiento pueda trascender al conjunto de la sociedad hasta el punto de disminuir la confianza en la transparencia y correcto funcionamiento del sistema judicial.

En ese sentido, en decisiones proferidas con anterioridad por esta sede, se ha considerado que pese a no concurrir alguno de los motivos específicamente previstos en la ley adjetiva, la abstención es atendible cuando exista una relación de trabajo actual o precedente entre el juzgador y una de las partes, en razón del nexo de subordinación directa, el trato frecuente y el respeto que generalmente existe entre el funcionario judicial y el personal asignado a su despacho. Por ello, ante la constatación de este tipo de vínculos, esta sede ha sostenido: "...cabe precisar que este Tribunal considera que, en el particular lo que se persigue más allá dé aplicar una causal de inhibición contenida explícitamente en el ordenamiento procesal penal, es garantizar la imparcialidad del Juez y la cristalinidad del proceso, garantías que podrían verse menoscabadas provocando erróneas interpretaciones en el proveído que adopten sobre el thema decidendi; ya sea a favor o en contra del interés del señor (...) dando lugar a pensar que estuvo motivada por el nexo de subordinación, peligrando el Principio de Imparcialidad e Independencia Judicial que prescribe el Ad. 4 Pr.Pn.; en consecuencia, resulta procedente excluir a los referidos Magistrados de pronunciarse respecto de la alzada..." (Cfr. Auto de calificación de excusa Ref. 36-EXC-2015 emitido el 13/10/2015; criterio reafirma-

do en el Auto Ref. 48-EXC-2016, de fecha 26/07/2016).

Adicionalmente, conviene recordar que la jurisprudencia de los tribunales internacionales y regionales ha sostenido que en el ámbito de la imparcialidad es muy relevante valorar las apariencias que ofrece el juzgador al que corresponde conocer del asunto, lo cual incide en la expectativa social que la justicia se imparta sin hacer excepción de personas o grupos privilegiados (Cfr. CASTILLO, L., "El derecho fundamental al juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional español", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007, P. 127-128).

En ese sentido, en aquellas causas en las que se juzga a empleados o funcionarios de la propia administración de justicia por conductas ilícitas cometidas en razón de su cargo o por hechos punibles comunes, se produce un escrutinio social de mayor intensidad en torno a la transparencia y probidad del Órgano Judicial, adquiriendo especial relevancia la apariencia de imparcialidad. Por ello, es imprescindible que el aplicador de justicia actúe con alto sentido ético, poniendo de manifiesto cualquier vinculación existente con los sujetos procesales, tal como correctamente se ha hecho en el presente incidente. Lo anterior, contribuye a evitar que se produzca el descrédito público de la función jurisdiccional ante la percepción de trato privilegiado a ciertas personas en razón de su cargo.

Ahora bien, cabe precisar que cuando corresponde dilucidar la situación jurídica de varios imputados en una determinada causa, debe valorarse si los funcionarios judiciales tendrán que examinar particularmente algún aspecto relacionado a la persona con la que tienen vinculación (Cfr. Auto de calificación de excusa Ref. 1-EXC-2016, de fecha 25/04/2016). Al respecto, al revisar los libelos de apelación a los que aluden los Magistrados solicitantes, es evidente que uno de los puntos objetados es la legalidad de las medidas sustitutivas de la detención provisional otorgadas al procesado […], para cuya resolución es imprescindible ponderar las circunstancias personales de éste, de suerte que se vuelve trascendente el nexo entre los Magistrados propietarios de la Cámara de procedencia con el imputado en mención. En vista de ello, corresponde acceder a la inhibición planteada por los solicitantes, ya que los libelos relacionados en el preámbulo tienen incidencia directa sobre la situación del procesado con el cual los juzgadores mantienen una relación de trabajo."

PROCEDENTE CONVOCAR A MAGISTRADOS SUPLENTES DE OTRA CÁMARA CON COMPETENCIA PENAL QUE NO HAYAN TENIDO VINCULACIÓN LABORAL CON EL SINDICADO

"En lo relativo al llamamiento de los Magistrados que habrán de reemplazar a los excusantes en el conocimiento de los recursos de apelación de la agencia fiscal y el apoderado de la víctima, es oportuno mencionar que resulta probable que el único Magistrado suplente nombrado en la Cámara de origen a la fecha, licenciado […], también pueda encontrarse en una situación similar a la de los integrantes propietarios de dicha sede judicial, en cuanto al vínculo laboral con el sindicado […], en razón que es convocado con frecuencia como reemplazante

en los asuntos tramitados en esa Cámara seccional. Por ello, atendiendo a los principios de economía procesal y celeridad, resulta preferible convocar a dos Magistrados suplentes de otras Cámaras de Segunda Instancia con competencia penal, para prevenir que el análisis de los libelos en comento se dilate debido al planteamiento de una eventual inhibición del funcionario antes mencionado."
*Sala de lo Penal, número de referencia: 67-EXC-2016, fecha de la resolución: 13/10/2016*

## PRINCIPIO DE LEGALIDAD

REFLEXIONES SOBRE EL INSTITUTO DE LA INAPLICABILIDAD

"Número 10**.-** Procede finalmente ingresar al motivo de fondo de la agencia fiscal en torno a la errónea aplicación del Art. 59 LRARD derogada, disposición que fue empleada para cuantificar la sanción aplicable a los imputados [...], declarados penalmente responsables por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, tipificado en el Art. 52 LRARD vigente.

En lo esencial, el agente fiscal afirma que la Cámara sentenciadora declaró inaplicable la pena prevista en el Art. 52 LRARD vigente, bajo el argumento que corresponde a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, pronunciarse sobre la posible inconstitucionalidad del citado precepto con efecto general y obligatorio. No obstante, considera que el tribunal de alzada infringió el principio de legalidad al reconocer la vigencia "ultraactiva" *(sic)* de la consecuencia jurídica prevista en el Art. 59 de la LRARD derogada, ya que este precepto no estaba vigente en la fecha en la que ocurrieron los diversos hechos acreditados de transporte de drogas (2005-2011), en cuya preparación, proposición y conspiración en el marco de una misma asociación delictiva, intervinieron los imputados antes mencionados.

Por lo apuntado, el agente fiscal sostiene que: *"esta norma jurídica aplicada por el Tribunal de Segunda Instancia, no encaja en los hechos ocurridos en la línea del tiempo...la clave para aplicar la ultraactividad debe de versar sobre hechos que ocurrieron en el tiempo de vigencia de la ley que era más favorable, y que posteriormente se reformó,.* por *ello, cuando no sucedieron al momento de estar todavía vigente, la ultra actividad no es posible aplicarla, porque entonces, se volvería nugatoria la actividad de reforma del legislador"* (sic).

Esta Sala considera que el motivo invocado **no debe ser acogido,** conforme a los razonamientos que se expondrán en los párrafos siguientes.

**10.1.-** Para dar exacta respuesta al motivo en comento, es oportuno realizar (i) algunas reflexiones previas sobre el instituto de la inaplicabilidad, previsto en el Art.185 Cn., dado que el pronunciamiento de la Cámara se enmarca en esta potestad. Adicionalmente, es conveniente (ii) delimitar los conceptos de "ultractividad" y "reviviscencia" de la norma.

Inicialmente, sobre el instituto de la inaplicabilidad, previsto en el Art.185 Cn. (i) hay que indicar que la inaplicabilidad es un mecanismo de control constitucio-

nal difuso, la cual forma parte de las atribuciones concedidas a todos los tribunales de la República, permitiendo que se prive de eficacia a las disposiciones de leyes secundarias o tratados internacionales en un caso concreto, cuando éstas presenten una contradicción insalvable con la norma fundamental.

Cabe mencionar que al ejercer esta facultad, los funcionarios judiciales dan cumplimiento a la obligación inexcusable de defender la Carta Magna y atenerse estrictamente a sus prescripciones, conforme al compromiso adquirido a tenor del Art. 235 Cn. Además, el operador de justicia que otorga prioridad a lo dispuesto en la norma suprema, pone de manifiesto la independencia que caracteriza a la función j*urisdiccional, ya que al estar liberado de obediencia a cualquier autoridad externa o sumisión jerárquica interorgánica,* "el juez se halla sometido únicamente al ordenamiento jurídico, entendido no sólo como sujeción al imperio de la ley, sino también y principalmente a la fuerza normativa de la Constitución" *(Sala de lo Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad Ref. 46-2003, pronunciada el 19/04/2005).*

En decisiones anteriores, esta sede ha destacado la particular relevancia de la inaplicabilidad como mecanismo de defensa de la Constitución en el marco del proceso penal, sosteniendo que: *"este Tribunal de Casación considera necesario aclarar que, a partir de la renovada jurisprudencia constitucional y la reforma al sistema jurídico en general,* el *control difuso de constitucionalidad ha tomado un rol protagónico a través de los jueces ordinarios, el cual lo ha lanzado a ser ya un actor en el escenario político-judicial. De ahí que, en el contexto salvadoreño, el juez ordinario realice una verdadera función jurisdiccional, el juris-dictare, pues le corresponde decir "cuál es el derecho válido". En materia penal, ese control difuso de constitucionalidad puede ejercerse tanto en lo que respecta al supuesto hipotético de la norma, como por ejemplo inaplicar un tipo penal que carece de bien jurídico tutelado o determinada conducta que no constituiría delito, como a sus consecuencias jurídicas, como por ejemplo inaplicar la pena o determinadas penas"* (Sentencia de casación Ref. 296-CAS-2006, dictada el 29/01/2009).

Desde luego, la declaratoria de inaplicabilidad no ha de ser entendida como una facultad arbitraria, ya que tiene que cumplir con el deber general de motivación de las resoluciones judiciales, así como con otros requisitos que se desprenden de los Arts. 77-A y 77-C LPC, y que esencialmente según el criterio de la Sala de lo Constitucional implican: *"(i) la relación directa y principal que debe tener la disposición inaplicada con la resolución del caso o de la que dependa su tramitación ...(ii) la inexistencia de pronunciamiento, por parte de esta Sala, respecto de esa disposición inaplicada...(iii) el esfuerzo del juzgador, previo a la inaplicación, de interpretar la disposición conforme a la Constitución; y, finalmente, (iv) la relación de la disposición inaplicada, la norma o principios constitucionales supuestamente vulnerados y las razones que sirven de fundamento a la inaplicación"* (Sentencia de inconstitucionalidad Ref. 37-2011, pronunciada el 06/07/2011).

Es oportuno aclarar que la declaratoria de inaplicabilidad no obsta para que los tribunales con competencia recursiva conozcan del asunto en que se haya emitido la misma en relación a agravios aducidos por las partes procesales. A guisa de ejemplo, en el incidente de casación Ref. 224-CAS-2006, esta Sala

pronunció sentencia de fecha diez de enero del año dos mil ocho, anulando una resolución que había de declarado inaplicable en el caso concreto la consecuencia jurídica prevista en el Art. 165 Inc. 2° Pn., en razón que el tribunal proveyente no había cumplido la obligación esencial de motivar la decisión adoptada.

Y es que, a pesar que el Art. 77-E LPC ordena que la certificación del fallo en que se haya declarado la inaplicabilidad de una norma legal sea remitida a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia *para iniciar el consiguiente proceso de inconstitucionalidad, este envío no ha de entenderse como un recurso o procedimiento de revisión con efectos en el asunto particular. En ese sentido, la referida sede constitucional ha reflexionado que:* "el caso concreto que originó la inaplicación es independiente de este proceso de inconstitucionalidad y que, *por* tanto, los medios impugnativos que pudieran incoarse en contra de la resolución de dicho tribunal siguen siendo viables, cumplidos los requisitos legales para tal efecto" *(Sentencia de inconstitucionalidad Ref. 25-2013, de fecha 08/06/2015; véase en el mismo sentido, sentencia de inconstitucionalidad Ref. 11-2009, de fecha 14/12/2012)."*

ULTRAACTIVIDAD Y REVIVISCENCIA

"Ahora corresponde explicar brevemente lo referido a las figuras de la "ultractividad" y la "reviviscencia" normativa (ii). En ese sentido, refiriéndose en particular a la ultractividad de la ley, cabe señalar que ésta puede ser entendida como aquel supuesto de aplicación de la ley penal en el tiempo que permite emplear una norma derogada a un suceso que se dilucida en el presente. Es oportuno señalar que en materia de leyes penales sustantivas, la ultractividad tiene aplicación siempre que el precepto derogado sea más favorable al imputado, de acuerdo a lo previsto en los Arts. 21 Cn. y 14 Pn.

Además, esta sede ha establecido en decisiones anteriores en las que se ha abordado a este instituto: *"En lo que atañe a la ultractividad, los estudiosos añaden que debe concurrir la presencia de un elemento indispensable para su configuración, a saber, que la ejecución del hecho* se *haya realizado en el momento en que era vigente la ley anterior favorable, sólo así la* ley *derogada se vuelve ultractiva"* (Sentencia de casación Ref. 475-CAS-2011, dictada el 14/05/2014; en el mismo sentido, véase la sentencia de casación Ref. 84-CAS-2014, pronunciada el 08/09/2015).

Por otra parte, la *"reviviscencia"* es una particular técnica de integración del derecho, la cual permite a los órganos que ejercen control constitucional dar aplicación a una norma anteriormente derogada, con la finalidad de evitar el vacío producido en el ordenamiento por la expulsión con efecto general y obligatorio de la disposición sujeta a control, o por la ineficacia para el caso concreto de la misma. Esta técnica adquiere sentido al advertir que la laguna legal se generó precisamente por la actividad de control de constitucionalidad, de ahí que el mismo órgano controlador se encuentra autorizado a suplirla *(Cfr.* Sentencia de amparo 533-2006, dictada el 24/03/2010).

Esta sede considera que la "reviviscencia" es una de las múltiples técnicas de integración del sistema normativo que se encuentran disponibles para evitar

los vacíos generados en razón de una decisión de control de constitucionalidad, junto con otras posibilidades tales como la aplicación directa de una disposición constitucional atinente a la situación jurídica, la utilización de preceptos del derecho común o de leyes vigentes análogas, así como recurrir a la equidad y a los principios generales del derecho.

Es evidente que la elección de cualquiera de estas alternativas corresponde al mismo órgano de control, que deberá motivar las razones jurídicas que lo hicieron decantarse por aquella que sea conforme a la Constitución y adecuada a las particularidades del asunto en análisis, verbigracia, habrá de considerar la prohibición de la analogía *in malam partem* que rige en el ámbito penal.

En el caso de la "reviviscencia", es conveniente acudir como criterio ilustrativo a lo sostenido por la jurisprudencia colombiana, que afirma que esta técnica no debe utilizarse de manera automática, sino que requiere ponderar previamente a su utilización "el *peso específico que les asiste a los principios de justicia y seguridad jurídica en el caso concreto"* (Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-402/10, de fecha 26/05/2010)."

DEBE JUSTIFICARSE DE MANERA PRECISA LA RAZÓN PARA UTILIZAR DE MANERA EXTRAORDINARIA UNA PENA PREVISTA EN UNA NORMA DEROGADA CON ANTERIORIDAD A LOS HECHOS

"10.2.- Teniendo en cuenta los conceptos apuntados con anterioridad, corresponde revisar los fundamentos desarrollados por el colegiado de alzada que están relacionados a la queja formulada por el agente fiscal impetrante. En ese orden, la Cámara expone desde la Consideración 561 hasta la Consideración 573 de la resolución objetada, la trascendencia constitucional del principio de proporcionalidad de la pena, justificando que sancionar con igual penalidad los actos preparatorios, así como la proposición y conspiración respecto a los delitos consumados contra la salud pública, tal como se prevé en el Art. 52 LRARD vigente, constituye un exceso en la libertad de configuración de delitos y penas que se le atribuye al órgano legisferante.

En vista de ello, el colegiado de apelación concluyó que la consecuencia jurídica prevista en la citada norma legal debía ser inaplicada en el caso concreto y para evitar la impunidad de la conducta acreditada, correspondía acudir a la figura de la "reviviscencia", esto es, extraer la consecuencia jurídica prevista en el Art. 59 LRARD derogada, utilizando el rango de pena mínimo y máximo previsto en dicha disposición, como parámetro abstracto de la penalidad a imponer, por estar ajustada a la Constitución, al no ser desproporcionada de acuerdo a la menor lesividad de las conductas de actos preparatorios, proposición y conspiración respecto al delito consumado.

Es manifiesto entonces que la Cámara seccional en ningún momento ha sostenido que la pena prevista del Art. 59 LRARD derogado iba a ser aplicada al asunto en discusión de manera ultractiva, debido a que dicha disposición hubiese estado vigente al momento de ocurrir los hechos. Por el contrario, la Cámara motivó con claridad y precisión que se acudiría al instituto de la "reviviscencia", con objeto de no dejar en la impunidad el ilícito por el que se había condenado

a los procesados.

En vista de ello, el reclamo invocado carece de sustento, ya que se ha justificado de manera precisa por qué se iba a utilizar de manera extraordinaria una pena prevista en una norma derogada con anterioridad a los hechos, por estar ajustada al principio constitucional de proporcionalidad. Incluso, después de las consideraciones anteriores, resulta evidente que ni siquiera llega a configurar un agravio a la agencia fiscal, pues el efecto de la decisión de la Cámara, no provocó que los hechos quedasen sin sanción, sino que esencialmente evitó una laguna de derecho en cuanto a la consecuencia jurídica a imponer, evitando efectos de impunidad de los procesados. Por lo apuntado, el presente motivo debe ser desestimado."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 149C2016, fecha de la resolución: 28/10/2016*

## PRUEBA DOCUMENTAL

DIFERENCIA ENTRE PRUEBA ILÍCITA Y PRUEBA IRREGULAR

"Previo a resolver los puntos traídos a estudio, se destaca que se extraerán los pasajes pertinentes del recurso, dejando por fuera todos aquellos aspectos que resultan intrascendentes, no vinculados a los vicios que se denuncian, que constituyen valoración probatoria o apreciaciones subjetivas; a menos que sirvan de muestra para sustentar el presente dispositivo.

Los impetrantes dividen su queja en tres motivos; sin embargo, el núcleo de su planteamiento es el mismo, como se verá a continuación.

En su primer motivo esbozan la nulidad, del proceso por inobservancia de derechos y garantías fundamentales; amparando su postura en que: *[…]*

En ese orden de ideas, es imperioso destacar que el punto neural que traen a conocimiento de esta Sala los casacionistas, es que la Cámara no tuvo que hacer uso de la prueba documental consistente en una certificación notarial de documentos privados para tener por acreditado el cuadro fáctico denunciado; por lo que, esta sede resolverá el recurso como si se tratase de un solo tema, abordando de ser necesario las diferentes facetas propuestas por los impetrantes.

Además, en su tercer motivo señala el quebranto de las reglas de la sana crítica en la valoración probatoria efectuada en Segunda Instancia sobre el testimonio de la madre de la menor víctima; aspecto que será examinado también por esta Sala.

La Sala considera que **el recurso debe ser desestimado**, conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

Previo a descender al análisis del caso es preciso delimitar ciertos tópicos que darán claridad y sostén a la decisión que tomará esta Sala.

a) La Asamblea Legislativa aprueba en el año mil novecientos ochenta y dos la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias, por considerar conveniente ampliar la función notarial a la práctica de otras diligencias, para que el notario actúe como auxiliar del Órgano Jurisdiccional, en

beneficio de la administración de justicia; entre tales diligencias, se encuentra la facultad de certificar la fidelidad y conformidad de copias fotográficas o fotostáticas con los documentos públicos y auténticos reproducidos (Art. 30 de la norma legal en cita).

b) La Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias, es una normativa especial que se aplica de manera general para el resto de leyes; entre ellas, las procesales. Lógicamente, éstas disposiciones deben ser utilizadas en el contexto de la norma procedimiental en turno, en la materia que nos ocupa, la precitada norma nació cuando estaba en vigencia el Código Procesal Penal de mil novecientos setenta y cuatro, cuyo corte era inquisitivo, escrito y, tenía como bastión de valoración la prueba tasada. Ahora, el sistema es acusatorio mitigado, oral y, basado en la apreciación probatoria de las reglas de la Sana Crítica.

c) El Art. 30 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias, regula los casos y requisitos que debe acatar el notario para poder certificar la fidelidad y conformidad de una copia con su original, de no cumplir con los presupuestos normativos se derivan dos consecuencias distintas, la primera, es la responsabilidad notarial en el que podría incurrir el fedatario público, que no interesa en el presente caso y, la segunda, es qué valor tendrá el documento que adolece del defecto y, si esta tiene como finalidad un aspecto meramente procesal o acreditar un extremo del hecho acusado (Como medio de prueba).

En ese contexto, merece hacer una remembranza sucinta que diferencia la prueba ilícita de la irregular en la primera se vulneran derechos y garantías fundamentales de las personas y, la segunda presenta defectos en su formación que obligan a las partes y al juzgador a valorar esa afectación para determinar la validez y valorar probatorio de la misma, a pesar de su dolencia."

FOTOCOPIAS INCORPORADAS CON APARENTE FE PÚBLICA NOTARIAL CARECEN DE AUTENTICIDAD AL REPRODUCIR DOCUMENTOS DE NATURALEZA PRIVADA

"Ya en el caso de autos, para poder dar respuesta a la impugnación venida en conocimiento es preciso transcribir del fallo de segunda instancia los fundamentos pertinentes: […]

En el caso de mérito, esta Sala comparte el criterio de Cámara que a pesar de aparentar las fotocopias incorporadas de Fs. […], estar revestidas de fe pública notarial al suponer la certificación de la fidelidad de su original, las mismas carecen de ese autenticidad conforme el Art. 30 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y Otras Diligencias, ya que los documentos que reproducen son de naturaleza privada; por tanto, la constancia que da el notario de haber tenido a la vista la copia y su original; así como, que el contenido de la primera es idéntico al segundo, adolece de un defecto que le vuelve irregular (No puede sostenerse que es ilícita, por qué no violenta ningún derecho o garantía fundamental). Y, consecuentemente, el valor probatorio que ostenta es el de meras copias.

Y, es que como cita Carlos Creus y otro, en su obra: Falsificación de Documentos en General*, "La fe pública se traduce en la confianza colectiva que se tiene*

*en los documentos como instrumentos destinados a probar un hecho".* Pag. 2.

El error notarial de certificar tales documentos vuelve nulo su revestimenta de fe pública; por lo que, si su valor depende de esa autentificación para dar soporte a un hecho acusado, el mismo carecería de eficacia; sin embargo, no puede negarse en materia procesal penal la preexistencia del soporte mal certificado; es decir, la fotocopia y que ésta, en principio, carente de soporte probatorio, puede coadyuvar a tener por establecidos determinados sucesos históricos, si la información que habita en ella es coherente con elementos probatorios que se han extraído de otros medios, como ha sucedido en el presente caso.

Al referirse a los documentos públicos, Carlos Creus en la obra supra citada, expone que: *"La distinción de la ley entre documentos cuya instrumentación tiene los efectos de públicos y aquellos que poseen los efectos de privados, solo se refleja en (...) la observancia de las formalidades legalmente prescritas para que esté dotado de la autenticidad oficial que los presenta como veraces con una presunción iuris tantum, que permite oponerse erga omnes, mientras la prueba no destruya esa presunción".* Pág. 41"

POSIBILIDAD DE VALORAR LAS FOTOCOPIAS COMO PRUEBA INDICIARIA CUANDO HAYA OTROS INDICIOS QUE SUSTENTEN SU VALIDÉZ

"Por otra parte, tal y como dice la Cámara, la fotocopia agregada a […], no presenta la apariencia de certificación notarial; de suyo, el valor que ostenta es de una copia simple.

Esta sede de conocimiento, ha sido clara en expresar su postura sobre el valor probatorio de las fotocopias, verbigracia en la Casación número 543-CAS-2008, se fundamentó el día treinta y uno de agosto de dos mil doce, que:

*"Ya en anteriores pronunciamientos y fiel al principio de la función nomofiláctica de la casación, se ha decantado hacia una extensa comprensión del inciso final del Art. 15 del Código Procesal Penal, verbigracia la resolución marcada bajo la referencia 511-CAS-2007, al sustentar que a pesar de estar frente a una prueba de incorporación irregular por no haber sido adjuntada al proceso de acuerdo a las formalidades previstas por la normativa - se excluye de esta perspectiva la obtención e incorporación de evidencia ilícita, la cual supone la violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona- ésta puede ser valorada por el juez como un indicio, siempre que el ejercicio mental sea gobernado según la correcta aplicación de las reglas de la sana critica y además -tal como lo admite la doctrina- que su contenido sea adverado o confirmado de alguna manera por las incidencias procesales, tal sería el caso de las fotostáticas o copias fotografiadas de un original, que como es sabido se trata de documentos no genuinos".*

Es decir, que la oferta, incorporación y valoración de fotocopias en el proceso penal es permitido, ya que éstas no constituyen pruebas ilícitas; eso sí, el grado de credibilidad que les corresponde es muy pobre al carecer de un respaldo que les legitime como reflejo de su original, quedando en vilo si el contenido que reproducen es un espejismo de la realidad que teóricamente representan; por tal motivo, es que se asevera que si bien la información que se puede extraer de

una fotocopia en principio no es de fiar, tampoco se puede descartar, sin más, la pisca de evidencia que señala; de ahí, su naturaleza indiciaria y que necesita indefectiblemente de por lo menos otros indicios que le den sustento y, que hagan viable razonadamente el dar rédito al insumo extraído de ella."

INEXISTENCIA DE AGRAVIO ANTE EL CONSENTIMIENTO TÁCITO DE NO SEÑALAR LA IRREGULARIDAD SOBRE LOS MEDIOS DE PRUEBA PRESENTADOS

"Agotado el tema precedente, prosigue discernir el nudo real del caso; esto es, cómo fue incorporado ese medio probatorio al juicio, no cabe duda que fue un error Fiscal el ofertar como medios de pruebas copias fotostáticas certificadas de documentos privados por notario e, igual yerro, cometió el Juez Instructor al admitirlas en esos términos, defecto que se reprodujo en el juicio al desfilar en el plenario como certificación notarial; sin embargo, la defensa técnica (Con independencia de la persona natural que ostenta dicho carácter) no señaló la irregularidad que presentaba ese medio de prueba, previo a ser admitido por el juez de instrucción durante la audiencia preliminar, ni como incidente en la vista pública, ya sea con la finalidad de que se excluyera o se recondujera su cauce; lo cierto es que se incorporó al juicio bajo un camino procesal distinto al de las copias; sin embargo, tal proceder no fue abusivo ni sorpresivo para la defensa, prestando su consentimiento tácito al no oponerse; de manera que, no existe agravio que perseguir en esos términos, más allá del desglose que hace la Cámara sobre los mecanismos que debieron realizarse en el plenario si se hubiese opuesto la defensa técnica sobre la validez de la "certificación notarial" o la forma de su incorporación al debate.

Distinto es el valor y prioridad que tuvieron esas copias para establecer los hechos, resulta que la Cámara les adjudica el peso que merecen de forma aislada y conjunta con el resto de medios probatorios, mereciéndoles fe los indicios que se extraen de ellas por su concurrencia con las demás probanzas; por lo que, el fallo de segunda instancia debe permanecer inamovible."

SUFICIENTE PRUEBA DE CARGO PARA ESTABLECER LA PARTICIPACIÓN DELINCUENCIAL DEL IMPUTADO

"Por otra parte, este tribunal no puede menos que reconocer que la Cámara es basta, ilustrativa, mesurada, congruente e hilvanada en las justificaciones que realiza para tener por acreditada la participación del encausado en los delitos por los cuales fue sentenciado y que fueron transcritas previamente.

Así en el fallo objeto de análisis se retoma el testimonio de la madre de la víctima y, es enfática la motivación del mismo en que el dicho de ella, no lo toma como referencial, ya que no lo utiliza para tener por acreditado el hecho principal, sino para corroborar la veracidad del testimonio de la víctima y, los hechos periféricos que la testigo narra por haberle constando de primera mano. Así como las circunstancias coincidentes de los elementos probatorios que se extrajeron de las bitácoras de llamadas, la certificación del Registro Público de Automotores, con la declaración de la menor víctima y, la prueba indiciaria antes relacionada

(fotocopias).

Vale la pena el mencionar que no puede rechazarse la declaración de un testigo, por haber ido a constatar mediante sus propios sentidos hechos que le fueron narrados por otra persona (Aunque no es lo aconsejable, por qué podría poner en riesgo su integridad personal y/o la de un tercero o, entorpecer la actividad estatal investigativa). Desde luego, que su dicho referente a lo que haya percibido debe someterse a los mismos cánones de valoración probatoria, pertinencia, utilidad, veracidad, sapiencia sobre lo que declara (Lego, técnica y/o profesional), interés, etc.; de manera que, pueden coadyuvar a formar la verdad procesal en la psiquis del juzgador; y aunque, definitivamente, no suplen las probanzas que se derivan de las investigaciones profesionales realizadas por las entidades gubernamentales fijadas en la ley para ese fin; deben ser objeto de valuación por el ente jurisdiccional.

Y, en lo tocante a que el testimonio fue ofertado para acreditar determinada pieza del rompecabezas del cuadro fáctico acusado y no otra, es un trama que debe ser explotado en el contradictorio para que la parte interesada evite que fluyan elementos de prueba que distan de la plataforma presentada por el adversario; por que al no ser repelidos por el defensor estas evidencias pasan frente a sus sentidos a formar parte lícita de toda la masa probatoria, volcándose ilusoria toda aspiración de pretender justificar un agravio, aún a cuenta de sostener que quien ejerció la defensa técnica fue otro profesional; esto último tiene su cimiente en el principio de seguridad jurídica; ya que de lo contrario, bastaría con el cambio de la encarnación del sujeto procesal que ostenta la calidad del ejercicio de la defensa técnica, la acusación pública o privada, para invocar la corrección de yerros que se dejaron de alegar en el momento procesal oportuno.

En conclusión, la Cámara contó con la suficiente prueba de cargo para tener por establecida la participación del acusado [...], por los delitos de Violación en Menor o Incapaz y Agresión Sexual en Menor e Incapaz por los cuales fue procesado; en consecuencia, la decisión jurisdiccional objeto de escrutinio ha de mantenerse incólume y pasar a ser firme."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 90C2016, fecha de la resolución: 25/10/2016*

ACTA POLICIAL CON INFORMACIÓN DE LA TRANSACCIÓN DE DROGA FUE OFRECIDA OPORTUNAMENTE CON LA PRESENTACIÓN DE LA ACUSACIÓN

"El impugnante alega que la sentencia se basa en prueba ilícita o que no ha sido incorporada legalmente al juicio, lo cual trae como consecuencia jurídica la materialización de una nulidad absoluta, Art. 478 No. 2 y 347 No. 7 Pr. Pn. Afirma que en el caso de autos se han valorado como medios de prueba actos de investigación realizados por la Policía Nacional Civil -Acta Policial de Información- luego, transcribe lo regulado en los Arts. 311 y 372 Pr. Pn., relaciona lo que esta Sala ha indicado en la sentencia 128C2001 respecto a la legalidad de la prueba en materia penal, para concluir expresando que su pretensión es que se examine la sentencia recurrida y se determine que se ha conculcado la obligación del Tribunal de valorar únicamente aquellos medios probatorios que

fueron incorporados al proceso, conforme lo regulado en el Art. 372 Pr, Pn., violentándose el principio de legalidad de la prueba; y propone, como solución, que se anule sentencia condenatoria y se emita una absolutoria.

En cuanto a la valoración de prueba que fue incorporada ilegalmente, debe decirse que el reclamo es infundado, ello, porque consta dentro del proceso que la prueba documental, incluyendo el Acta Policial de Información -con la que se pretendía probar la fecha, hora, lugar y circunstancias en que se recibe la información que ese día se realizaría la transacción de droga por parte de los procesados- fue ofrecida oportunamente con la presentación de la acusación de Fs. 149, encontrándose debidamente agregada al expediente judicial (Fs. 7), se puso a disposición de la defensa técnica de los imputados (Fs. 179), para que pudieran consultarlas dentro del plazo de cinco días, de conformidad con el Art. 357 Pr. Pn., sin embargo, no consta oposición alguna a su admisión o incorporación, ni de manera escrita, ni de forma verbal, sea ante el Juez de Instrucción o a la hora del juicio ante el tribunal de sentencia.

En consecuencia, al haberse admitido la prueba en el auto de apertura a juicio y haberse valorado por el juzgador, no implica una decisión ilegítima. Además, no se ha podido constatar en el acta de la vista pública que, durante el desarrollo del juicio, se planteara alguna situación incidental orientada a reclamar sobre la validez del referido medio de prueba; lo cual demuestra que las partes simplemente asumieron los efectos de tal probanza. Tampoco fue un punto alegado ante la Cámara, como se ha podido observar de la lectura del escrito de apelación que corre agregado a Fs. 328 del proceso. Por lo tanto, no se advierte ninguna ilegalidad o vicio que torne ilícita la prueba, ni ha mediado impugnación fundada por la parte a quien afectara su admisión como prueba, cumpliendo además con los requisitos de utilidad y pertinencia (Arts. 177, 178, 179 Pr. Pn.)."

AUTENTICACIÓN DEL CONTENIDO DEL ACTA POLICIAL POR MEDIO DE LA DECLARACIÓN DE LA PERSONA RESPONSABLE E INTERVINIENTE

"Ahora, respecto a los actos de investigación, cabe recordar que éstos tienen por objeto recoger los elementos de prueba que serán utilizados para verificar las propuestas de las partes durante el juicio y justificar, con grado de probabilidad, las resoluciones que dictará el Juez, es decir, que la finalidad es obtener, identificar o asegurar las fuentes de información, que proporcionen la elaboración de respuestas coherentes sobre la realización de un hecho delictivo y a su presunto autor, y por su naturaleza, -los actos de investigación- no requieren ser cotejados o controlados, salvo cuando exista un derecho fundamental comprometido, circunstancia que no se ha constatado en los argumentos expuestos por el recurrente. Además, cabe señalar que en el caso de autos consta que el contenido de la referida Acta Policial de Información -que hoy se cuestiona- fue autenticado, a través del testimonio vertido en vista pública de la persona responsable e interviniente del mismo, el agente [...]."

INEXISTENCIA DE VICIOS EN LA OBTENCIÓN E INCORPORACIÓN DE LA PRUEBA

"Asimismo, es oportuno referir lo anteriormente considerado por esta Sala,

en cuanto a la necesidad del juzgador de valorar diligencias de investigación, conforme a las reglas de la sana crítica; así, en la resolución bajo referencia 136-CAS-2006 de fecha 02/03/2011, se dijo: *"...ya en reiteradas sentencias se ha plasmado que si bien es cierto las diligencias de investigación son de utilidad para una fase inicial, también se ha establecido que la información que contienen constituyen prueba documental, conforme al principio de libertad probatoria prescrito en el Art. 162 Inc. 1 Pr. Pn., siempre que se hayan cumplido con los requisitos legales (Vgr. el Art. 123 Pr. Pn., para las actas policiales); es más, este despacho incluso es del pensamiento que si existe un elemento probatorio que* lo *corrobore en la audiencia de vista pública, debe ser valorado por el juzgador y no excluirse de la masa probatoria, puesto que se trata de prueba documental prescrita en el Art. 330 No. 4 Pr. Pn.)...--- y es que no pueden brindarse argumentos absolutos para excluir de la valoración un conjunto de elementos por ser "diligencias de investigación"; es preciso que el juez utilice las reglas de la sana crítica, para poder justificar su decisión, estimando que todo documento producido cumpliendo los requerimientos legales es procedente su valoración... "*. Las disposiciones legales citadas corresponden a la normativa procesal derogada pero aplicable al caso, lo cual tiene su equivalente en los Arts. 176, 139 y 372 respectivamente, del Código Procesal vigente.

En ese orden de ideas, no es atendible el motivo invocado, porque las argumentaciones expuestas no llegan a demostrar vicios en la obtención de la prueba que la torne ilícita, o que su incorporación haya sido de forma ilegal o implicado vulneración de garantías esenciales, tal como se aduce, por lo que procede desestimar el reclamo."

LEY HABILITA LA VALORACIÓN DE PRUEBA INDICIARIA

**"2.** Como segundo motivo enuncia la falta de fundamentación de la sentencia. Luego de transcribir los párrafos Nos. 24, 25 y 26 de la resolución, dice que: *"El tribunal no ha expresado su fundamentación intelectiva o analítica, para confirmar la sentencia condenatoria impuesta a mi patrocinado, sino que se ha dedicado a transcribir extractos de la sentencia pronunciada en primera instancia conculcándose de esta manera el debido proceso y la seguridad jurídica; la única vinculación de mi patrocinado al delito por el cual se le ha condenado es por lo expuesto por el informante que llegaría un taxi, pero no obstante los agentes que participan en el procedimiento de entrega controlada observan que llega tal automotor, no es prueba suficiente para tener por acreditado que mi representado tenía conocimiento que en dicho lugar se realizaría una transacción de droga, como lo ha afirmado tanto el Tribunal Cuarto de Sentencia y la Honorable Cámara...".* (Sic).

Además, transcribe lo considerado por el *Ad quem* en la página No. 20 de su resolución, respecto al informe rendido por el perito en el análisis informático, donde se dijo: *"1) fue posible realizar el vaciado de información en tres aparatos telefónicos, de los cuatro en estudio; 2) No fue posible realizar la extracción del teléfono Samsumg por encontrarse bloqueado; 3) Los archivos contenidos en la memoria del* teléfono *Samsung se guarda y envía un DVD; 4) Por los registros*

*encontrados en las agendas telefónicas de los aparatos en estudio, se concluye que si hay relación entre [...] con [...], así como con el teléfono incautado en la guantera del vehículo [...] y 5) Por los registros telefónicos se concluye que sí hubo comunicación entre [...] con [...]. Entonces, si tuvo conocimiento que se realizaría una transacción de droga por parte del imputado [...]....".* (Sic).

Considerando el recurrente que el tribunal de segunda instancia incurre en un error cuando afirma: *"Entonces, sí tuvo conocimiento que se realizaría una transacción de droga por parte del imputado [...]";* en razón que ese dictamen pronunciado por el perito no es una escucha telefónica, por medio de la cual si se podría realizar tal afirmación; además, el dictamen dice que hay relación, pero no dice si el día de la entrega controlada de droga existió comunicación entre ambos procesados y no se tiene certeza de lo expresado, realizando una valoración de la prueba pericial más allá de lo expuesto en el dictamen, y eso es una grave violación al debido proceso.

La Sala no ha podido comprobar la falta de fundamentación argüida, pues, como se ha podido constatar, el tribunal de alzada, ante el motivo alegado por el recurrente como falta de motivación de la sentencia de primera instancia, realizó el respectivo examen de esa resolución y consideró que la misma reunía las exigencias requeridas, por cuanto cumplía con la fundamentación fáctica, descriptiva e intelectiva, aclarando que la inconformidad del apelante con los razonamientos del Juez no constituía una falta de fundamentación o motivación incompleta del fallo, ya que en este se encuentran plasmados los raciocinios pertinentes para la acreditación de la existencia del delito, la participación delincuencial y la individualización de la pena.

Considerando el tribunal de alzada que la valoración de prueba indiciaria realizada por el *A quo,* para acreditar la participación delictiva del imputado [...], se encuentra habilitada en el Código Procesal Penal, y fue analizada en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica; luego, la Cámara realiza un análisis de la prueba indiciaria y concluye citando la prueba que fue incorporada y valorada por el juzgador, estimando que el razonamiento efectuado para acreditar el hecho acusado como la participación delincuencial es suficiente, y por ello confirma la resolución, desvirtuando cada punto alegado por el recurrente conforme al análisis hecho por el *A quo,* los cuales han sido transcritos por el impugnante en su libelo recursivo, de donde se puede constatar que el tribunal de alzada hizo suyos los argumentos del juzgador, por estar cimentados en la prueba incorporada al proceso y por cumplir las exigencias requeridas para una debida fundamentación de la sentencia.

En consecuencia, el razonamiento del tribunal se encuentra justificado por los datos de prueba que el juez valoró adecuadamente y explicó a través del análisis respectivo."

EXCLUSIÓN MENTAL HIPOTÉTICA DE LA PRUEBA PERICIAL DE CRUCE DE LLAMADAS TELEFÓNICAS ENTRE LOS TELÉFONOS Y CHIPS INCAUTADOS A LOS IMPUTADOS, NO HACE VARIAR SU PARTICIPACIÓN DELINCUENCIAL

"Ahora, en cuanto al error atribuido a la Cámara respecto a la aseveración que ésta hace -en relación al análisis informático- al decir: *"Entonces, si tuvo*

*conocimiento que se realizaría una transacción de droga por parte del imputado [...]",* cuando en el informe únicamente se concluyó: "... *que si hay relación entre [...] con [...], así como con el teléfono incautado en la guantera del vehículo […] ... Por los registros telefónicos se concluye que si hubo comunicación entre [...] con [...]...";* es un defecto en el razonamiento que no compromete la validez de la decisión fáctica acreditada, debido a que si excluimos hipotéticamente esa parte de la reflexión, no desmejora la fuerza argumentativa derivada de la prueba, pues, se ha tenido por acreditado que el agente [...] recibió una denuncia anónima en la que se informaba que en horas del mediodía se iba dar una transacción de drogas, en la que el sujeto [...] iba a recibir droga, en compañía de un taxista que colabora con el traslado de droga, que iban a llegar en un taxi color amarillo, marca Toyota, modelo Corola, placas […]; y un vehículo marca Scion, color ocre, era el que iba a entregar la droga; que a la hora y lugar indicado en la denuncia anónima llegan los vehículos mencionados, que el imputado [...] fue al lugar de la transacción acompañado de otro sujeto.

Teniendo en cuenta el *Ad quem* que en la información anónima recibida por el agente [...] se involucra a un taxi de alquiler y a un sujeto que como taxista colabora con el traslado de la droga, lo cual es confirmado por aquél y por los agentes que participaron en el procedimiento de verificación de dicha información, que se tradujo en la captura en flagrancia de los imputados [...], éste último conductor de dicho taxi, quien al llegar al lugar de transacción de la droga en compañía del otro imputado se queda en el lugar esperando el resultado. Circunstancia que demuestra, por una parte, su complicidad en el traslado de la droga y, por otra, que su actuación no se limitó a prestar el servicio de transportar al imputado [...] a dicho lugar, sino en el pleno conocimiento que el viaje era para una transacción de droga que se realizaría en el parqueo de Súper Repuestos, tal como se había indicado e la investigación previa por el informante.

De lo anterior, cabe señalar que la conclusión a la que llegó el *Ad quem* sobre la participación del imputado, no es más que el resultado del análisis integral de la prueba aportada y admitida en el proceso, sin que observe la falta de fundamentación alegada por el recurrente; tampoco variaría el resultado de la sentencia, al excluir hipotéticamente la consideración del tribunal en relación a la prueba pericial de cruce de llamadas entre los teléfonos y chips incautados a los imputados, pues si extraemos esa reflexión la restante prueba es suficiente para determinar la intervención del acusado en el hecho atribuido; en consecuencia, el vicio denunciado no es atendible, por lo que deberá desestimarse."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 375C2015, fecha de la resolución: 11/04/2016*

## PRUEBA OFRECIDA POR EL IMPUTADO

POSIBILIDAD DE APORTARSE EN JUICIO, SIEMPRE QUE SE FUNDAMENTEN LOS MOTIVOS POR LOS CUALES NO SE LOGRARON INCORPORAR LAS EVIDENCIAS EN EL PLAZO CORRESPONDIENTE

"1.- De acuerdo al memorial recursivo, los impetrantes solicitan a este Tribu-

nal que controle el vicio en el que habría incurrido la Cámara al confirmar el fallo de primera instancia, sin tomar en cuenta que el Tribunal de sentencia declaró inadmisible la prueba testimonial y pericial ofertada por el imputado, durante la vista pública.

Dicho ofrecimiento consiste en las declaraciones de los testigos […], el primero, motorista; y el segundo, cobrador del autobús en el que según los recurrentes fue encontrado el alijo de droga; así como el análisis comparativo de huellas dactilares con las del maletín y con las porciones de marihuana que contenía este en su interior, a efecto de determinar que el procesado en ningún momento manipuló el mismo, a la vez que solicitó evaluación psicológica para determinar la verdad contenida en su declaración en vista pública.

La Sala estima que el motivo debe ser desestimado, conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos siguientes.

1.- De conformidad al diseño de nuestro proceso penal, la regla general en cuanto al ofrecimiento de prueba es que éste se realice en la audiencia preliminar, de conformidad a los Arts. 358 y 359 en relación con el Art. 360 Pr. Pn., de manera excepcional se le permite al acusado la posibilidad de ejercerlo con posterioridad a esta etapa procesal o incluso durante el desarrollo de la audiencia de vista pública. Lo anterior, de conformidad al criterio interpretativo que esta Sala ha dejado consignado en diversas resoluciones, respecto de los Arts. 92 Inc. 1° y 94 Pr. Pn., tales disposiciones prescriben que el imputado podrá declarar: *"... cuanto tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye y para indicar los medios de prueba cuya práctica considere oportuna"; regla que de acuerdo a lo establecido en el segundo artículo citado, se aplicará: "...para toda declaración del imputado...".* Posibilitándose, de esa forma, la inclusión en la etapa del juicio."

PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

"El anterior criterio no contraría el principio de preclusión que rige las diversas etapas procesales, según el cual, los actos de procedimiento deben agotarse en cada fase que al efecto se determina, sino que resalta la idea jurídica de defensa como elemento esencial del debido proceso; y no por ello se atenta contra la seguridad jurídica, pues, la solución no se basa en un rigor formalista, sino en el sustento mismo del modelo garantista que ha sido optado por la ley penal salvadoreña. Además, es evidente que el proceso penal ubica la defensa en juicio como una garantía de seguridad y protección personal, lo que implica la oportunidad de ser oído y de hacer valer los medios idóneos de defensa.

Retomando el principio de preclusión de la actividad probatoria, es oportuno recordar que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados. Conforme a lo indicado, la no producción de una prueba en tiempo, agota la posibilidad de hacerlo posteriormente, en este caso se dice que hay preclusión cuando no es cumplida la actividad dentro del tiempo dado para hacerlo, quedando así clausurada dicha etapa procesal. Al respecto, la ley indica las fases procesales para la proposición de pruebas y una vez vencidos tales términos, las partes no tienen

la posibilidad de incorporar nuevas evidencias.

Sin embargo, el anterior principio cede en los siguientes casos: 1. Cuando existe imposibilidad previa de obtener dicho medio de prueba, ya por desconocimiento insuperable, ya por el nacimiento de la evidencia posterior a la preclusión de la oportunidad probatoria. Figura dentro de este primer supuesto, la prueba superviniente o aquella que demuestra un hecho pero que al momento de cerrarse el plazo para presentar prueba, ya existía pero era ignorada o no se hallaba disponible a pesar de la diligencia de las partes. Por regla general, los hechos y actos jurídicos que ocurren con posterioridad al cierre de la presentación de la prueba no son admisibles, a menos que se exponga fehacientemente que son prueba de hechos o actos que ya han ocurrido y que están sometidos a la consideración del Tribunal (Cf. PALLARÉS, EDUARDO. Diccionario de Derecho Procesal, Pag.140, Editorial Porrúa, México 1990; 2. Asimismo, si se está en presencia de un hecho nuevo, necesario para mejor proveer; o bien, si ofreciendo oportunamente la prueba el imputado o su defensor, el juez de instrucción no se pronunció sobre ella o la denegó indebidamente.

Entonces, establecido el criterio que el imputado efectivamente puede hacer el respectivo ofrecimiento probatorio en la vista pública, es oportuno agregar que dicha posibilidad se encuentra limitada por las circunstancias recién citadas. No se trata de una posición libérrima en la admisión de la prueba que genere una torcedura al debido proceso, por el contrario, precisamente por encontrarse ante una etapa crítica, se ha establecido que esta facultad también tiene los límites ya citados en el párrafo precedente.

Así pues, es criterio de esta Sala que el juez puede, en casos específicos y excepcionales, aceptar la aportación de prueba en dicha fase, toda vez que el imputado oferente fundamente los motivos por los cuales no se lograron incorporar las evidencias en el plazo correspondiente, ya en razón de un hecho impeditivo, ya por un hecho superviniente.

En el presente caso, se hace necesario retomar los argumentos del Tribunal de Alzada, a partir de los cuales confirma el proveído emitido por el Juzgador, encontrándose relacionados a Fs. 57 vuelto de la sentencia, la que señala: *"... si bien es cierto que tales dispositivos legales refieren sobre la declaración indagatoria del imputado, y que le faculta a éste a requerirle al juez la práctica de medios de prueba, cierto es también que tales dispositivos legales no están referidos al ofertorio de prueba en el desarrollo de la vista pública como lo han querido hacer ver los apelantes..." (Sic.).*

Sigue expresando la Cámara que la oferta probatoria como su admisión, es en la fase de instrucción, siendo competencia funcional del juez instructor el admitirla o rechazarla y que la fase plenaria es para preparar y llevar a cabo la vista pública y que todo lo concerniente a la oferta probatoria y su admisión ya precluyó, debido a que es de la esencia de la etapa de instrucción, cuyo objeto consiste en la preparación de la vista pública, mediante la recolección de todos los elementos que permitan fundar la acusación del fiscal o del querellante y preparar la defensa del imputado, siendo inoportuno procesalmente el ofertorio de prueba cuando ya se está realizando la vista pública.

Esta Sala no comparte los razonamientos adoptados por la Cámara para

concluir en la confirmación del proveído bajo el argumento que "hay etapas procesales donde se puede proponer la prueba" (fase de instrucción). Dicha alzada ha soslayado el criterio sostenido por este Tribunal en múltiples resoluciones, pues tal como se ha dicho, en forma excepcional el imputado, ejerciendo su derecho de defensa material, puede ofrecer prueba incluso durante el desarrollo de la vista pública; y el Juez, para admitir la misma, debe tener en cuenta los criterios de pertinencia, trascendencia, utilidad y legalidad, de la probanza, siendo imperativo analizar si se está en presencia de un hecho nuevo, necesario para mejor proveer o si la prueba no era conocida por el procesado, debiéndose considerar si ésta surgió con posterioridad o si se sabía de su existencia y no fue posible su obtención y consecuente ofrecimiento o bien, si fue ofrecida oportunamente por el sindicado o su defensor, el juez de instrucción no se pronunció sobre ella o la denegó indebidamente.

En ese sentido, se ha pronunciado este Tribunal en la sentencia bajo referencia 775-CAS-2009 de fecha seis de febrero de dos mil trece, expresando: "... el *Juez puede en casos específicos y excepcionales, aceptar la aportación de prueba en la audiencia de vista pública, toda vez que la parte oferente fundamente los motivos por los cuales no se lograron incorporar las evidencias, ya en razón de un hecho impeditivo, o ya sea por un hecho superviniente..."(Sic.)*".

AUSENCIA DE VULNERACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA, ANTE DENEGATORIA DE PRUEBA OFERTADA, POR NO DETERMINAR LA VIABILIDAD DE SU PROCEDENCIA

"Ahora bien, no obstante no compartir esta Sede los juicios expresados por la Cámara, este Tribunal está facultado para analizar si la prueba testimonial y pericial ofertada por el imputado en la vista pública cumple con los presupuestos expresados y determinar la viabilidad de su procedencia.

Al respecto, a folios 133 vuelto del proveído se puede observar que el acusado al momento de rendir su declaración en vista pública ofertó a dos testigos, siendo estos el motorista y el cobrador del bus donde se transportaba, en el cual se encontró el alijo que contenía la droga; el primero, de nombre […], se requirió además se le practicara experticia en sus huellas y al maletín que contenía la droga; además, expresó estar dispuesto a someterse a una prueba psicológica con la finalidad de demostrar su inocencia; ofertorio que fue denegado por el Juez Sentenciador y confirmado por la Cámara.

Asimismo, en el folio antes citado se constata que el procesado expresó que en el instante que lo capturaron, él le dijo a uno de los policías que le preguntara al motorista del bus, ya que éste había visto donde ellos abordaron dicha unidad de transporte, y que el motorista [...] le indicó al policía que el acusado no llevaba nada en las manos, refiriéndose al maletín con droga decomisado.

Observando este Tribunal que los testigos eran conocidos por el enjuiciado previamente, ya que el inculpado expresó que el primero —el motorista- fue referido por él a los agentes policiales en el instante de la captura, por lo tanto, pudo ofrecerlos en el momento procesal oportuno; de la misma manera, en relación con los peritajes solicitados, estos no constituyen una revelación inesperada, ni se denota una dificultad para proponer su ejecución en la etapa procesal corres-

pondiente, o que tales evidencias hayan nacido posteriormente a la preclusión de la oportunidad probatoria. En todo caso, los datos a incorporar al juicio a través de dichos medios de prueba, siempre estuvieron al alcance de la defensa y no se debió esperar hasta la vista pública para ofrecerlos.

Por lo expuesto, la Sala concluye que no se han vulnerado los artículos 90 y 92 del Código Procesal Penal y, por ende, no ha existido violación al derecho de defensa por parte del Tribunal de Segundo Grado, al estar de acuerdo con la decisión de Tribunal de Sentencia en inadmitir la prueba ofrecida en la vista pública, de consiguiente, no procede acceder a las pretensiones de los recurrentes."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 196C2015, fecha de la resolución: 04/01/2016*

## RECONOCIMIENTO EN RUEDA DE PERSONAS

DENUNCIA DE LAS CONTRADICCIONES TESTIMONIALES NO COMPETEN A CASACIÓN

"2. Además, tanto en primera como en segunda instancia, se excluyó de consideración el reconocimiento en rueda de personas realizado por el testigo clave […].

De acuerdo a tales reclamos, procede remitirse al texto de la decisión cuestionada y a partir de este conocimiento, determinar si ciertamente concurre el defecto alegado. Así pues, se advierte que la Cámara encargada expuso: "(...) es de mencionar que excluyó (el Tribunal Sentenciador) la prueba consistente en el reconocimiento en fila de personas practicado por el testigo clave […], por no haber comparecido a la audiencia de vista pública (...) en tal sentido y habiendo sido incorporada dicha prueba legalmente al juicio y ofrecida por el fiscal, es procedente se valore como medio probatorio, pues el Art. 372 Pr. Pn., establece que los actos urgentes de comprobación practicados conforme a la ley, serán incorporados por medio de su lectura y por ende deberán ser valorados como prueba, esta Cámara sin anular la sentencia recurrida, procederá a realizar fundamentación complementaria a efecto que amplíe los razonamientos expuestos y complementarse la prueba en forma conjunta, considerando que el caso concreto se encuentra con prueba documental, pericial y testimonial fue descrita, que al analizar la prueba consistente en reconocimiento en fila de personas del testigo protegido con clave […] reconoció al imputado […], en vista pública el juez inmedió como prueba testimonial a […], debiendo concatenarse dichas pruebas, esta Cámara al analizar el reconocimiento en fila de personas así como las declaraciones, se nota que dichas declaraciones carecen de congruencia entre sí, no logran individualizar quien andaba el arma o quien efectuó el disparo, ambas declaraciones no pueden ser concatenadas con el reconocimiento en fila de personas ya que las características físicas descritas no coinciden con las descritas por los testigos protegidos […].

De la exposición retomada, esta Sala considera que la supuesta ausencia de valoración respecto del reconocimiento en rueda de fotografías realizado por el testigo con régimen de protección […] no toma lugar, ya que la Cámara en el

ejercicio de sus facultades resolutivas, tal como lo contempla el Art. 475 del Código Procesal Penal, enmendó el error del Tribunal Sentenciador, al incorporar al examen analítico de las probanzas dicha diligencia, exponiendo que sí resultaba procedente valorarla en atención a que no había ningún obstáculo de legitimidad o legalidad. Incorporación probatoria que esta Sala no considera atentatoria a ningún principio o garantía.

Ahora bien, en la proyección del principio de derivación y razón suficiente respecto de la prueba documental y testimonial, este Tribunal sí encuentra un desatino: se desacreditaron las narraciones de […], en atención a incongruencias insalvables entre si; sin embargo, al conocer el origen de estas inconsistencias, se advierte que recaen en una tan sola característica física en relación al sujeto que supuestamente portaba el arma: si se trata de un individuo delgado o de complexión robusta, o si es alto o bajo.

Recuérdese ante este punto que en principio la denuncia de las contradicciones testimoniales no competen a casación, tal como lo ha reiterado la pacífica y unánime jurisprudencia de esta Sala; sin embargo, para el caso concreto, el reclamo trasciende de la mera disconformidad en relación a la credibilidad, ya que se intenta evidenciar un error en el ejercicio de análisis, ya que se acordó un valor incorrecto a una prueba de carácter decisivo. En ese entendimiento, sí compete a Casación sondear bajo el prisma de la sana crítica, la justificación que elaboró segunda instancia a lo largo de su motivación intelectiva."

ANÁLISIS REALIZADO DEBE EXPONER LAS RAZONES QUE FUNDAMENTAN LA CONCLUSIÓN TOMADA POR EL SENTENCIADOR

"A propósito de la motivación, es oportuno señalar que las exigencias mínimas que el razonamiento judicial tiene que satisfacer, son las siguientes:

Autosuficiente y comprensible. Esto supone que, el análisis debe exponer las razones que alimentan la conclusión tomada por el sentenciador, a fin de aprobar la exigencia de validez que impone el Debido Proceso. En consecuencia, el juzgador habrá de expresar cuáles son los elementos de juicio concretos que le sirven de apoyo o en caso contrario, pronunciarse sobre la insuficiencia o ineficiencia de los mismos. Aunado a ello, la fundamentación será comprensible, en tanto que este requisito potencia el control social difuso respecto del ejercicio jurisdiccional; en ese entendimiento, los postulados que conforman las sentencias preferentemente se expresarán de manera sencilla y accesible a las partes y a cualquier persona de cultura media del lugar en que se dicte.

Respeto al principio de congruencia. Es decir, entre el pronunciamiento judicial y las peticiones de las partes, habrá una correspondencia, evitando los excesos- conceder más de lo solicitado- o las deficiencias -omitir injustificadamente pronunciarse sobre alguna de las cuestiones decisivas del debate-en la respuesta judicial. En definitiva, la congruencia implica también obediencia al principio de contradicción que obviamente gobierna la actividad judicial.

c. Adecuada valoración de la prueba. Así se garantiza el respeto al principio de legalidad, pues se deberá decidir con fundamento en una apreciación racional y verdadera de los hechos, ya que una conclusión errada sobre los hechos su-

pone, innegablemente, una errónea aplicación del Derecho. Pero no basta este presupuesto, sino también que el examen sea liderado por las reglas de la sana crítica: para la validez de un pronunciamiento, no basta que el juzgador rinda cuenta de las fuentes a través de las cuales fija sus conclusiones, sino que es también indispensable que sea de manera razonable, seria y no absurda. Uno de los principios básicos para lograr este encargo legal, se encuentra proporcionado por la unidad de prueba, que puede ser conceptualizado así: "significa que el conjunto probatorio del juicio forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinada y apreciada por el juez, para poder confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme." (Cfr. "La Casación". Midon, Gladis. Edit. Rubinzal Culzoni, Bs. As., p. 298).

En otras palabras, el juez examinará de manera concienzuda cada prueba separadamente -ello es así, a fin de propiciar las garantías de la defensa en juicio y del Debido Proceso- y a continuación, conjuntamente, desde luego, no tergiversará ninguna fuente mediante su mutilación o fraccionamiento, ni habrá de tomarla aisladamente del resto de elementos probatorios. Esta secuencia, procura desterrar la arbitrariedad, en tanto que se exige un mínimo inexcusable de racionalidad."

MÍNIMA INCORRECCIÓN EN DESCRIPCIÓN FÍSICA NO PROVOCA NULIDAD DEL ACTO

"Disponiendo entonces de ese marco conceptual, es oportuno mencionar que la descripción física tiende a verificar las condiciones en que se captó la imagen y la forma en que se conserva, pero una mínima incorrección en ella no provoca la nulidad del acto, pues precisamente por la naturaleza psicológica del reconocimiento, se encuentra particularmente expuesto a errores, los que se encuentran estrechamente relacionados con las condiciones y la forma en que se desarrolle el proceso. Sobre este punto en particular, es oportuno recordar que "No es necesario que se suscite una imagen para que se pueda emitir un juicio de identidad o de diferencia." (Altavilla, Enrico. "Sicología Judicial". Edit. Temis, Bogota, 1975, p. 421).""

De tal suerte, las señaladas contradicciones entre uno y otro testigo además conforman un campo de apreciación personal según la experiencia de cada individuo, razón por la cual no constituyen un obstáculo que impidan su valoración individual y posterior concatenación con el resto de probanzas que obviamente poseen alta trascendencia para la correcta solución del caso en discusión.

En conclusión, es procedente acceder a la petición del recurrente y anular totalmente la sentencia de segunda instancia hasta la admisión del recurso de apelación que fue evaluado, según lo dispone el Art. 484 Incs. 3° y 4° del Código Procesal Penal, encomendando a efectos de preservar los principios de imparcialidad y transparencia, a una Cámara que en juicio de reenvío conocerá del caso analizado, practique una nueva valoración en la cual se observen las reglas de la sana crítica en el análisis de los elementos probatorios testimoniales, documentales y periciales legalmente introducidos y agote una fundamentación clara, completa, coherente y lógica."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 161C2016, fecha de la resolución: 30/08/2016*

DIFERENCIA CON EL ACTO INICIAL DE INVESTIGACIÓN DENOMINADO CARDEX POLICIAL

"Ahora bien, según el recurrente existen dos puntos trascendentales de la alzada que no fueron abordados por la Cámara seccional, a saber: (1) Que la víctima "Ronaldinho I" no pudo identificar en el Reconocimiento de Rueda de Personas al procesado [...], aunque en el juicio mencionó a uno de los autores del hecho por el nombre de "[...]"; (2) Que la víctima "Ronaldinho II" aseguró en el contrainterrogatorio no haber visto fotografías de los imputados antes de reconocerlos personalmente, pero en el proceso consta que le fueron mostradas las imágenes de todos los acusados en las diligencias de investigación .

Por cierto, esta sede considera que no se trata de "aspectos esenciales" del reclamo alegado, sino de cuestiones accesorias, puesto que el vicio que el litigante atribuía a la resolución de primera instancia, conforme a la literalidad del escrito recursivo de apelación, era más amplio, tal como acertadamente lo comprendió el colegiado de alzada, ya que según lo afirmado por el litigante, el Juez de Sentencia había descrito el contenido de los medios de prueba producidos en juicio pero estaba ausente la motivación intelectiva.

No obstante, pese a no tratarse de un aspecto medular del motivo admitido, la Cámara sentenciadora tomó en cuenta el primer extremo que menciona el litigante, ya que en la página 25 de la decisión objetada, en el marco de la fundamentación complementaria formulada por los Magistrados de alzada, se alude de manera particular al contenido de los Reconocimientos en Rueda de Personas que constan en actas a Fs. 186 a 188 del expediente principal, remarcando que el declarante y víctima "Ronaldinho I" solamente reconoció positivamente al procesado [...]; por lo tanto, la Cámara seccional claramente vislumbró que la referida víctima no había identificado al sindicado [...], a diferencia de lo manifestado por la víctima "Ronaldinho II" y el testigo "Ronaldinho IV" que si señalaron a esta persona como uno de los autores de los hechos ilícitos.

Por otra parte, en cuanto al segundo extremo, cabe mencionar que al revisar la resolución impugnada se contempla que la Cámara proveyente no reflexionó particularmente en torno a si la víctima había visto con anterioridad fotografías de los procesados. Sin embargo, ya se ha explicado que este aspecto no era esencial de acuerdo al propio planteamiento desarrollado en el escrito de apelación.

Incluso, si hipotéticamente se incluyera la reflexión sobre este extremo en el razonamiento judicial, para esta Sala es manifiesto que no se modificaría en absoluto lo decidido por la Cámara, puesto que al revisar la carpeta judicial, consta en la motivación descriptiva de primera instancia, que a preguntas de la defensa en el contrainterrogatorio, la víctima "Ronaldinho II" aclaró respecto al procesado [...],: "a [...] sólo lo volvió a ver en el reconocimiento, había pasado unos cinco meses...antes del hecho no había visto a [...] (sic); lo cual tiene concordancia con la circunstancia que no se registra en la carpeta judicial que se le hayan mostrados a la referida víctima alguna fotografía del procesado en mención en el marco de la investigación inicial, sino únicamente consta que le fue expuesta la imagen del sindicado [...], junto a fotografías de otras personas extraídas de los

archivos policiales, conforme al acta de recorrido fotográfico de Fs. 58 y 59, pieza 1, por lo que de haber analizado detenidamente esta cuestión los Magistrados proveyentes, no habrían apreciado contradicción o inconsistencia alguna en las afirmaciones de este dicente, en torno a la identificación del procesado [...].

Aunado a ello, se trata de una cuestión que objetivamente carece de trascendencia, ya que conforme al diseño legal, el acto inicial de investigación previsto en el Art. 279 Pr. Pn., denominado usualmente como "cardex policial", que consiste en mostrar diversas fotografías a un testigo o víctima con objeto de individualizar a posibles involucrados en un hecho punible, no impide que se realice con posterioridad el Reconocimiento en Rueda de Personas, regulado en el Art. 253 Pr. Pn., notándose que este acto es sustancialmente distinto, ya que se realiza bajo control judicial y con la presencia del abogado defensor, por lo que es el único que tiene calidad de acto de prueba.

Por lo apuntado, aun cuando el aspecto mencionado por el litigante hubiese sido objeto de especial consideración por la Cámara seccional, es evidente que no tendría incidencia alguna para modificar la decisión confirmatoria adoptada por la alzada. Consecuentemente, esta Sala no aprecia que el tribunal de alzada haya incurrido en el defecto de falta de fundamentación intelectiva en la resolución impugnada, por lo que se impone desestimar el reclamo invocado."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 171C2016, fecha de la resolución: 25/10/2016*

INNECESARIO PRACTICARLO CUANDO LA CAPTURA SE DA EN FLAGRANCIA, COMO CONSECUENCIA DE UN SEÑALAMIENTO DIRECTO DE LA VÍCTIMA

"**1.** De acuerdo al memorial recursivo, el impetrante solicita que este tribunal controle la sentencia de segunda instancia, conforme al vicio de casación que invoca, dada la exclusión ilegal de prueba por la inobservancia de lo dispuesto en los Arts. 213, 253 y 400 Inc. 1 y 5 Pr Pn., y Arts. 1, 2 y 12 Cn., considerando lo siguiente: […]

**2.** Este tribunal considera que el motivo debe desestimarse, conforme a los razonamientos que serán expuestos en párrafos subsiguientes. En tal sentido se advierte que la sede de Apelación en la sentencia recurrida, a […], expresó: […]

Sobre el punto impugnado, esta Sala considera pertinente acotar que cuando existe duda sobre la identificación de una persona vinculada a la comisión de un hecho delictivo, se debe tomar en cuenta que, en la persecución penal este problema se puede solucionar con identificación nominal o la identificación física. La primera se refiere a la identificación de la persona por el nombre y sus generales, las cuales sirven para distinguirla de otras. La segunda, en cambio, exige certeza al proceder contra un sujeto que es investigado.

En el sub judice, tal como fue relacionado […], existió un reconocimiento espontaneo por la víctima, siendo esta categórica en expresar que el ahora imputado ejecutó actos lesivos en su persona y que lo conoce por ser vecino y amigo de su padre; por otra parte, esta Sala advierte, que el Ad- quem, […], ante la pretensión formulada por el impetrante manifestó:

*"... Este Tribunal de apelaciones quiere aclararle al recurrente, que el hecho de que no se haya llevado a cabo un reconocimiento en rueda de personas o por*

*fotografía para comprobar la identidad del acusado, no es obligatorio en todos los casos, púes sólo es preciso realizarse cuando existen dudas razonables sobre la identidad del autor del delito que se investiga..."*, por lo que esta Sala aun y cuando la parte defensora haya solicitado la práctica de dicha diligencia, considera que no ha existido ninguna exclusión de prueba por parte de Cámara, pues tal como lo expresa el Ad-quem, la misma es procedente cuando el imputado no se encuentre individualizado, lo cual no es el caso de autos, pues de las constancias de la sentencia se advierten las razones por las cuales el tribunal de segunda instancia, no consideró necesaria tal diligencia, las cuales al ser analizadas conforme a las reglas de la sana crítica, resisten el análisis crítico. Por ende esta Sala no comparte el criterio del impetrante respecto a una supuesta exclusión probatoria, pues la misma opera y tiene efectos en el dispositivo de la sentencia bajo parámetros de esencialidad, lo cual no es el caso de autos.

Al respecto, el autor Carlos Climent Durán, en su libro "La Prueba Penal", según lo establece en la pág. 1108 párrafo 2° expresa: *"... que el reconocimiento en rueda de personas, no es una diligencia sumarial necesaria, y que sólo es obligada cuando concurran dudas sobre la identidad del autor del delito investigado. Si no hay dudas, bien porque el delincuente fue sorprendido in fraganti e inmediatamente detenido, bien porque ha sido identificado... no es necesario el reconocimiento en rueda de personas..."* (Sic).

Por otra parte, no debe obviarse que conforme a los fundamentos plasmados en la sentencia recurrida, no existe incertidumbre sobre la identidad del imputado y por tanto no era necesaria la diligencia que reclama el impetrante, pues su identificación nominal y física estaba determinada.

En tal sentido, cuando se imputa a determinado sujeto la perpetración de un hecho delictivo en el que se ignora su nombre y únicamente se tienen características físicas, si se torna necesaria la práctica de tal diligencia, pero no resulta procedente cuando la víctima del delito da referencia de conocerlo, como ocurre en el presente caso, pues tal como consta […] del proveído de Cámara, la menor ofendida no sólo expresó conocer a su agresor, sino que también manifestó que éste era amigo de su padre."

AUSENCIA DE EXCLUSIÓN ILEGAL COMO PRUEBA

"De lo anterior, se desprende que el imputado fue individualizado tanto físicamente como nominalmente; por lo que no se aprecia violación alguna a la disposición que el impugnante considera infringida, pues, el encartado fue aprendido en flagrancia, siendo identificado por los agentes captores y señalado por la víctima. En consonancia con lo expresado, la fundamentación expuesta por la Cámara, contiene argumentos categóricos y contundentes, al cimentar el iter lógico que le permitiera construir en forma razonable, el planteamiento que les llevó a confirmar el pronunciamiento de primera instancia, razón por la cual no se accede a la pretensión del licenciado […], en su calidad de defensor particular y por ende el vicio aducido por el referido profesional no es de recibo."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 61C2016, fecha de la resolución: 28/10/2016*

## RECONOCIMIENTO POR FOTOGRAFÍA

CONSIDERADO UN VERDADERO ACTO DE PRUEBA SIEMPRE QUE A TRAVÉS DE DICHO MÉTODO SE INDIVIDUALICE AL SUJETO SEÑALADO

"En cuanto a los motivos planteados, esta Sala considera que se les dará respuesta conjuntamente, ya que los mismos hacen referencia a la falta de fundamentación o por violación a las reglas de la sana crítica con respecto a elementos de prueba de carácter decisivo contenidos en el fallo.

Esta Sala considera que los motivos deben ser desestimados, conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes:

Respecto a los vicios alegados, consta en la sentencia recurrida, concretamente en los razonamientos que realiza la Cámara, lo siguiente: *"...La representación Fiscal hace referencia al* reconocimiento *por medio de fotografía del testigo "CHIAPAS I",* como un *elemento que debió valorar el Juez sentenciador para atribuirle responsabilidad a* los *imputados; tal argumento carece de sustento legal, ya que dicho reconocimiento es un simple indicio aislado, un simple acto de investigación, hecho en las diligencias iniciales de investigación, el cual no fue confirmado o corroborado por otra diligencia similar, en este caso un reconocimiento en rueda de personas (...) y el* hecho *que el reconocimiento por fotografía sea realizado ante una autoridad judicial, ello no significa que tenga una entidad probatoria, pues* como *se dijo antes éste es de carácter provisional (...) por todo lo anterior es que se* vuelve *importante practicar el reconocimientos de personas, a* efecto *de tener una certeza e inequívoca sobre la responsabilidad penal de los imputados, tal* como *claramente lo establece el Art. 279 del Código Procesal Penal ...". (Sic).*

Partiendo de lo anterior, llama la atención que la Cámara desestimó el valor probatorio del reconocimiento de fotografías, a pesar de haberse realizado con las formalidades requeridas por nuestro ordenamiento procesal. De la misma manera, resulta insostenible la afirmación del Tribunal de Segunda Instancia sobre el por qué considera que el reconocimiento es un indicio aislado, un simple acto de investigación practicado durante las diligencias iniciales de investigación, que no fue confirmado o corroborado por un reconocimiento en rueda de persona.

Al respecto, se ha podido verificar en el expediente judicial, el acto procesal de identificación de los imputados por parte del testigo protegido con clave "CHIAPAS I", el cual fue autorizado y practicado respetando las condiciones establecidas en el Art. 257 Pr Pn., según acta de fs. 488 al 491, de fecha once de noviembre del año dos mil trece, elaborada por el Juzgado Especializado de Instrucción de la ciudad de San Miguel. De manera que dicho procedimiento fue legal y, por lo tanto, susceptible de plena valoración durante el juicio.

Es oportuno recordar que el reconocimiento por fotografías es considerado un verdadero acto de prueba, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia casacional, siempre que a través de dicho método se individualice al o los sujetos

señalados; siendo preciso tener presente que, en el caso de autos, el impugnante menciona que el tribunal de alzada cuestionó la legalidad del reconocimiento por fotografías, a través del que fueron identificados los imputados […]., bajo la creencia errónea que éste requería, para ser valorado como prueba, de su corroboración mediante reconocimiento en rueda de personas porque el mismo es, a su criterio, simple acto de investigación y no de prueba.

Sobre el particular, es necesario mencionar que dicha diligencia —reconocimiento fotográfico- constituye un acto de prueba por haber sido realizado respetando las garantías de los imputados; y por si mismo, el resultado positivo en la identificación de estos podría ser susceptible, en principio, para desvirtuar la Presunción de Inocencia.

Dentro de este contexto, el reconocimiento por fotografía, conforme lo regula el Art. 257 Pr. Pn., constituye acto de prueba que en su estructura presupone la realización de las afirmaciones de hechos que constituyen su objeto; en cambio, los reconocimientos fotográficos, conocidos doctrinariamente como "recorrido fotográfico", a que alude erróneamente la Cámara, son actos de investigación, llevados a cabo con anterioridad a la formulación de tales afirmaciones y su finalidad es orientar la imputación, según el Art. 279 Pr. Pn.

En el presente caso, siendo el reconocimiento antes dicho una diligencia permitida por la ley, válida, suficiente y susceptible de valoración con arreglo a las reglas de la sana crítica, a efecto de lograr la identificación de los procesados, resultaba innecesario un nuevo acto confirmatorio de reconocimiento en rueda de personas como desacertadamente lo exige la Cámara.

Así las cosas, se advierte que los Magistrados de Cámara, al realizar un análisis ponderado del catálogo de pruebas vertidas en el debate, argumentan que no cuentan con el respaldo probatorio suficiente para tener por acreditada la participación del acusado en el hecho; en ese devenir, califican el referido reconocimiento fotográfico como un simple indicio aislado, omitiendo hacer una valoración integral del resto de probanzas que se encuentran relacionadas en el proceso, por ejemplo, las actas de levantamiento y reconocimiento de cadáver y Autopsia; las cuales establecen que la víctima presentaba lesiones ocasionadas por proyectiles disparados por arma de fuego; el acta de inspección, álbum fotográfico y croquis de ubicación; que sirvieron de complemento a lo aportado por el testigo clave "CHIAPAS I"."

DEFICIENCIA EN LA FUNDAMENTACIÓN SOBRE LA EXCLUSIÓN PROBATORIA DE ESTE ACTO PROCESAL VUELVE NULA LA SENTENCIA

"De lo anterior, se desprende que el Tribunal de Alzada, al sustentar sus conclusiones, no hizo una debida fundamentación, y sus argumentos fueron insuficientes respecto a los motivos por los cuales no le concede crédito a la prueba antes relacionada; considerándose que de haberse valorado ésta de un modo integral, conforme a los Arts. 179 y 394 Inc. 1° Pr. Pn., podría dar cabida a una modificación sustancial de la parte dispositiva de la sentencia impugnada; lo que

lleva a considerar que el vicio denunciado es de tal relevancia que la sentencia deberá anularse."
*Sala de lo Penal, número de referencia: 298C2015, fecha de la resolución: 31/03/2016*

## RECURSO DE APELACIÓN

CRITERIOS PARA SU ADMISIBILIDAD NO DEBEN SER RIGUROSOS Y FORMALISTAS

"Previo a pronunciarse sobre el punto objetado, se estima oportuno referirse a la jurisprudencia de esta Sala relativa a potenciar el derecho de acceso al recurso, a efecto de dar vigencia al principio general de justicia material. En tal sentido se ha expresado, especialmente respecto de los criterios de admisibilidad del recurso de apelación, lo siguiente:

"...no es viable el imponer criterios rigurosos y formalistas en cuanto a los requisitos que debe contener el mencionado recurso, pues si del mismo se desprenden el cumplimiento a las condiciones de interposición, sus elementos esenciales, como son la impugnabilidad objetiva y subjetiva, y el agravio, al rechazarlo se le estaría otorgando un sentido diferente a las formas procesales exigidas para el recurso de apelación, lo cual a su vez, irá en contraposición a lo dispuesto en el Art. 15 Pr. Pn, que indica que las normas se interpretarán restrictivamente cuando limiten el ejercicio de un derecho o facultad conferida a los sujetos procesales...". (Ver Ref. 192C2012, de las nueve horas con quince minutos del veintiocho de junio del dos mil trece).

Este control de las resoluciones judiciales a instancia de la parte que vio insatisfecha total o parcialmente su pretensión, es decir, el derecho a los recursos, ha sido abordado a nivel jurisprudencial. Así, la Sala de lo Constitucional, también ha dispuesto: "... no obstante ser un derecho de configuración legal, tiene sustantividad propia, pues el mismo se conjuga -como todo el ordenamiento- con el derecho a un proceso constitucionalmente configurado y el derecho de audiencia, en tanto que al consagrarse en la ley un determinado medio impugnativo, la negativa de acceder al mismo sin justificativo constitucional, cuando legalmente procede, deviene en una vulneración de ellos." (Amparo referencia 724-2008, de fecha veintiocho de mayo del año dos mil diez).

A la luz de los citados antecedentes y llevada a cabo una lectura integral del recurso de apelación junto con el escrito de subsanación de prevención, es claro para este tribunal que al rechazar el recurso de apelación, los señores Magistrados de Cámara hicieron un análisis excesivamente formal del Art. 470 Pr. Pn., para determinar las exigencias que habilitarían el control del caso que les fue planteado. Y es que aun cuando señalan aspectos puntuales, extraídos de la propia redacción de los escritos de alzada y subsanación, las conclusiones a las que arribaron no son de recibo, pues el libelo recursivo a criterio de la Sala cumple de forma parcial las exigencias mencionadas en el precepto legal relacionado supra, en tal sentido se tiene:"
*Sala de lo Penal, número de referencia: 202C2016, fecha de la resolución: 10/10/2016*

## RECURSO DE CASACIÓN

JUZGAMIENTO EN SALA DE LO PENAL NO SE CONVIERTE BAJO NINGÚN CONCEPTO EN UNA REVALORACIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO

"Al someter a estudio el libelo recursivo, se verifica que la impetrante invoca como motivos: 1°) la falta de fundamentación e infracción a las reglas de la sana crítica con respecto a elementos probatorios de carácter decisivo, y 2°) violación a las reglas de la sana crítica, concretamente la regla de la lógica, en cuanto a que no se han observado los principios de derivación y razón suficiente, con base a que la Cámara no aplicó tales normas, precisamente en relación a la configuración del hecho punible, producto de una errónea apreciación de los elementos de convicción recogidos durante la etapa de instrucción.

Luego de advertir que los fundamentos de los dos motivos convergen en la falta de fundamentación de la sentencia recurrida, resulta conveniente emitir una sola respuesta para ambos.

Se aclara que la defensora particular, ha expuesto en su recurso otros elementos con los que pretende justificar su impugnación, sin embargo, la Sala extrajo del citado escrito los pasajes pertinentes de la causal casacional invocada, dejando por fuera aquellos aspectos que resultan intrascendentes, no vinculados al vicio que se denuncia, que constituyen valoración probatoria, apreciaciones subjetivas o argumentaciones carentes de agravio.

Es preciso enfatizar que se excluyen del presente examen de casación aquellos aspectos que constituyen valoración probatoria, por cuanto, resulta ostensible que buena parte de lo planteado en el recurso de mérito indica que la estructura de los raciocinios plasmados en la motivación del libelo, básicamente radican en la inconformidad de la impetrante con las conclusiones de hecho adoptadas por el tribunal de juicio, y las valoraciones atinentes a las pruebas, específicamente a la declaración del testigo clave "Enero I". Ese aspecto deriva en que, en esencia, su análisis está enfocado a aspectos fácticos contenidos en el material probatorio con los cuales difiere, y que fueron invocados y resueltos en apelación.

Cabe recordar, que el juzgamiento que esta sede realiza mediante los requerimientos judiciales a ella remitidos, no se convierte bajo ningún concepto en una revaloración del material probatorio sobre el que se ha fundamentado la sentencia de mérito, ni tampoco se trata de un nuevo juzgamiento sobre los hechos que dieron lugar a la tramitación del juicio penal promovido en la jurisdicción ordinaria, porque dicha función es competencia exclusiva de los tribunales de instancia.

Así, en la posibilidad de la revisión fáctica de la sentencia, tal límite competencial deriva de la exigencia de respetar los principios de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas. Se configuran así los referidos principios, como garantías del acto de valoración de la prueba o del proceso de conformación de los hechos. Por consiguiente, al no ser procedente argumentar en esta sede, desacuerdos con la valoración de la prueba realizada

por la Cámara, resulta improcedente que este tribunal se refiera en esta resolución a aspectos que atañen a ese tópico."
*Sala de lo Penal, número de referencia: 252C2016, fecha de la resolución: 08/11/2016*

## RECURSO DE REVISIÓN

NATURALEZA

"Nótese que la situación planteada, necesariamente obliga a esta Sede a reflexionar sobre algunos puntos que tienen especial relevancia en el recurso de revisión y su trámite. Veamos:

Uno de ellos, se refiere a la forma en que ha sido concebida la naturaleza del recurso en comento, pues existen posturas que sostienen que la revisión no debe entenderse como un recurso, sino un "proceso" al menos en el sentido formal: "pues no es un verdadero proceso entre partes, por el que se ataca la cosa juzgada material de una sentencia penal firme, que es injusta con base a determinados motivos, en particular por causa de hechos falsos o de hechos nuevos". ("LA REVISIÓN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL"; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, Revista Doctrina y Jurisprudencia Nº 19, 2001, Pág. 221).

En nuestro medio, desde el Código Procesal Penal de 1974, la revisión se concibe como un recurso extraordinario; desde luego, en ambas concepciones, se admite que: "existe concordancia en cuanto a los rasgos esenciales de la revisión, pues invariablemente se otorga de las sentencias definitivas condenatorias ya ejecutoriadas, con el objeto de establecer posibles errores judiciales, que de resultar comprobados dan lugar a la anulación total o parcial de la sentencia impugnada. (Ref. 24-99A, del 05-05-1999).

De modo tal, que el recurso de revisión es el remedio extraordinario y de excepción que permite corregir o reparar los errores judiciales en una sentencia condenatoria; y en vista que se sustenta en el principio de verdad real, está constituido como un mecanismo de impugnación con el objeto de rehabilitar a un inocente condenado."

FALTA DE IMPUGNABILIDAD OBJETIVA

"b) Otro aspecto a considerar, es el relativo el cumplimiento formal de impugnabilidad objetiva del recurso de revisión. En este tema, corresponde hacer un recurrido de la base jurisprudencial emitida por esta Sede.

Así, se inicia con la interlocutoria Ref. 24-99A, del 05/05/1999, en dicho caso, se impugnaba una sentencia de revisión que declaró nulo el proveído impugnado y absolvió al imputado. En esa oportunidad, se recalcó que la sentencia pronunciada en revisión, por su naturaleza especial y extraordinaria, no es objetivamente impugnable vía casación. Habiéndose razonado, entre otros aspectos, que: "Impugnar vía casación lo resuelto en revisión, implicaría reconocer la procedencia de promover tal recurso en desmedro de una resolución

dictada en un procedimiento establecido en beneficio exclusivo del condenado y, además, significaría la posibilidad de recurrir en casación dos o más veces en un mismo proceso".

En ese mismo sentido, este Tribunal reflexionó que los recursos de casación que impugnaban sentencias absolutorias emanadas de una revisión, deben declararse improcedentes, ya que su procedimiento era considerado contrario a la casación, en vista que la acción de ésta se desarrolla en el campo del proceso y está limitada a extinguir la pretensión punitiva dictada por el sentenciador, orientada a controlar la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia y proveídos con incidencia en el dispositivo, concluyendo que la casación procede únicamente contra las resoluciones pronunciadas por el Tribunal de Sentencia cuando no hubieran alcanzado firmeza. (Ref. 240-CAS-2015, del 12/12/2005).

Así, en ambas citas jurisprudenciales, se estableció que se estaba en presencia de una interlocutoria que se enmarca en un supuesto de resolución judicial no incluido dentro de los regulados en el Art. 479 Pr. Pn."

POSIBILIDAD DE SER OBJETO DE CASACIÓN LAS RESOLUCIONES QUE MODIFICAN EL CONTENIDO DE LO RESUELTO EN LA SENTENCIA EMITIDA EN RESPUESTA A UNA REVISIÓN

"c) No obstante lo anterior, esta Sala también ha expresado que -debido a la naturaleza jurídica de la resolución emitida en respuesta a una revisión-, cuando ésta modifica el contenido de lo resuelto en la sentencia revisada, cumple con las características de ser sustancial dado su carácter "definitivo y definitorio", pues resuelve el fondo del asunto; es decir, la condena impuesta.

Frente a ello —se ha sostenido- que de conformidad con el Art. 143 Pr. Pn., debe ser considerada como una sentencia penal y quedar comprendida dentro de las resoluciones que pueden ser impugnadas mediante casación. Habiéndose afirmado que tal amplitud, emerge: "con la finalidad de garantizar el efectivo cumplimiento del acceso al recurso, en materia de aplicación de las reglas que rigen el proceso penal, las que inspiran el principio de presunción de inocencia, las de la lógica y la experiencia..."" (Ref.317-CAS-2004, del 15/08/2006).

En el mismo sentido, pero con mayor énfasis en el acceso al recurso, la Sala Casacional agregó: "...cierto es que la cosa juzgada material no es absoluta frente a la revisión instituida exclusivamente en favor del sujeto condenado; sin embargo, el ejercicio de la acción destinada a revisar un fallo para corregir errores judiciales, considerada como una garantía del individuo, no ha de entenderse en el sentido de que su accionar impide la función contralora recursiva, pues tal interpretación comportaría la supresión de otra garantía fundamental, cual es el derecho a interponer el recurso destinado a controlar por parte de un superior jerárquico lo actuado en el juicio de revisión". (Cfr. Ref. 67-CAS-2006, del 04/04/2008).

Posteriormente, en sentencia Ref. 193-CAS-2012, 14/07/2014, nuevamente este Tribunal de casación se ha pronunciado sobre el trámite del recurso de revisión, habiendo indicado que: "...De conformidad con lo regulado en los Arts. 433, 434 y 437 del Código Procesal Penal, el recurso se interpone ante el Juez o Tri-

bunal que pronunció la sentencia que se impugna; una vez agotado el examen preliminar del recurso de revisión y se haya admitido, se realizará una audiencia en la que se discutirán los argumentos expuestos por las partes y se recibirán las pruebas ofrecidas; al final de dicha audiencia y sólo cuando la prueba ofrecida fuere de naturaleza documental, podrá procederse a pronunciar la resolución que corresponda y en caso de declarar ha lugar lo solicitado, pronunciará directamente el fallo que corresponda...” (Sic.).

Asimismo se expresa en el referido fallo: “... Pero sí la prueba admitida no fuere solamente documental, el Juez se abstendrá de pronunciar directamente la sentencia de revisión, debiendo en tal supuesto convocar a las partes a una audiencia pública en las que se incorporen las testificales o periciales de carácter personal, bajo estricto acatamiento al principio de legalidad de la prueba, desarrollado en los Arts. 15 y 162 CPP. Luego de finalizada la audiencia pública, se declarará ha lugar o no el recurso de revisión; y si se trata del supuesto reseñado de pruebas personales, cuya ponderación requiera que se ordene el reenvío, el A quo únicamente podrá anular la sentencia revisada y decretar la realización de un nuevo juicio, el cual deberá ser celebrado por Jueces o Jurados diferentes a los que conocieron el anterior. Aún en el nuevo Juicio, la Ley impone límites, pues no podrá absolver ni modificar la sentencia como una nueva apreciación de los mismos hechos del primero, con prescindencia de los motivos que hicieron admisible la revisión... “(Sic.).”

LAS RESOLUCIONES EMANADAS EN RECURSO DE REVISIÓN SON ATACABLES VÍA APELACIÓN O CASACIÓN, CUANDO EL PRONUNCIAMIENTO DICTADO EN PRIMERA O SEGUNDA INSTANCIA HA MODIFICADO UNA PARTE DE LA SENTENCIA FIRME

“A partir del recorrido jurisprudencial y, desde luego, sin hacer referencia a los autos de mera sustanciación, resulta factible concluir que los pronunciamientos judiciales ante un recurso de revisión pueden ser los siguientes:

I.- La desestimación en el examen preliminar, por ser formalmente inadmisible la pretensión; II.- El rechazo por razones de fondo, es decir que en la impugnación el recurrente no demuestra o no prueba lo que pretende el interesado. En esos supuestos, el juez o tribunal haciendo mérito de tales extremos no acoge la pretensión y declara no ha lugar los motivos invocados; III.- Si el juez o tribunal acoge el recurso y si la prueba ofrecida fuere de naturaleza documental, pronuncia la resolución que corresponda declarando ha lugar o no lo solicitado; IV.- Si el juez o tribunal de revisión acoge el recurso y sí la prueba admitida no fuere solamente documental, convoca a las partes a una audiencia pública en las que se incorporen las testificales o periciales de carácter personal; y según corresponda, declara ha lugar o no el recurso de revisión. V.- Si el juez o tribunal de revisión acoge el recurso, pero si se trata del supuesto de pruebas personales, cuya ponderación requiera que se ordene el reenvío, únicamente anulan la sentencia revisada y decretan la realización de otro juicio. Los nuevos jueces podrán declarar ha lugar o no el recurso de revisión.

Y es que, tampoco debemos soslayar que la audiencia de revisión no constituye un juicio, y que la potestad resolutiva del juez o tribunal es limitada, en

cuanto a que los presupuestos que permiten la modificación de la sentencia para dictar otra son muy excepcionales, la mayor parte de supuestos, como cuando se trata de hechos nuevos y, en casos de ser acogido el reclamo, lo que corresponde es la anulación, sustituyendo la situación jurídica del imputado, absolviendo o modificando su pena.

En ese orden de ideas, sin ignorar el contenido del Art. 143 Pr. Pn., la sentencia definitiva es la que se provee luego de un juicio, excepcionalmente cabe incluir entre ellas la que se dicta luego de la revisión en Primera o Segunda Instancia, pero únicamente cuando se producen modificaciones en el proveído original, ya sea para absolver o modificar la pena. La razón estriba en el hecho que ello importa aspectos que implican sustituir la sentencia original o complementarla.

En otras palabras, conforme al Art. 494 in fine, las resoluciones emanadas en recurso de revisión, son en esencia objetivamente atacables vía apelación o casación en su caso, cuando el pronunciamiento dictado en primera o segunda instancia ha modificado una parte de la sentencia firme, puesto que el contenido del dictamen de revisión se torna complemento del proveído original, pues lo modifica y altera la cosa juzgada, circunstancia que a la luz de lo dispuesto en el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, habilita el derecho de toda persona declarada culpable, a que el Tribunal superior —sea la Cámara de Segunda Instancia o la Sala de lo Penal- controle la corrección de la nueva sentencia pronunciada en primera o, en su caso, en Segunda Instancia, lo cual demanda la necesidad que se desarrollen todas las posibilidades de acceso al recurso judicial acerca del nuevo pronunciamiento."

PROCEDENTE DECLARAR INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN CUANDO NO SEA OBJETIVAMENTE IMPUGNABLE

"Entrando en materia, en el presente caso, se conoce del recurso de casación en contra de la resolución de la Cámara Especializada de lo Penal con sede […], en la que concluyó confirmar la decisión del Juzgado Especializado "A" que declaró no ha lugar al recurso de revisión, y consecuentemente, confirmó la sentencia definitiva condenatoria.

Teniendo en cuenta las consideraciones supra citadas, esta Sala es del criterio que la Cámara no debió entrar a conocer sobre la apelación que le fue presentada en contra de la resolución emitida por el Juzgado Especializado "A", como consecuencia del recurso de revisión, ya que dicho pronunciamiento deja incólume la sentencia firme, puesto que tiene por salvos los aspectos objetos de decisión que la conforman, es decir, que en su texto no se emite dictamen alguno que ostente un valor sustancial, definitivo y definitorio, lo cual produce que se constituya como un acto procesal que no altera la cosa juzgada.

En consecuencia, tampoco procedía que el justiciable impugnara la resolución de Cámara ante esta Sede, por no constituir la misma una nueva sentencia que modifica la sentencia original, sino que, como se ha expresado, dicho proveído lo que hace es confirmar la resolución de primera instancia que rechazó la pretensión contenida en el recurso de revisión interpuesto.

De suyo el libelo de casación debe declararse inadmisible por no ser objetivamente impugnable, conforme lo preceptuado en el Art. 494 Inc. 5° del Código Procesal Penal."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 7C2016, fecha de la resolución: 25/05/2016*

## RECUSACIONES

OBJETO ES ASEGURAR DENTRO DEL PROCESO PENAL LA GARANTÍA BÁSICA DE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL

"1.) La pretensión del actual incidente de recusación descansa en preservar los principios de Imparcialidad Judicial y Seguridad Jurídica en la tramitación del proceso penal; a fin de lograr tal propósito, el señor […], actuando en su calidad de víctima ha promovido el incidente respectivo contra las Licenciadas […] Magistradas propietarias de la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, pues a su criterio no deben conocer de la apelación subsidiaria interpuesta por la parte querellante respecto del auto de señalamiento de revisión de medidas cautelares.

En atención al reclamo planteado, esta Sala estima oportuno realizar unos apuntes teóricos sobre las directrices que componen la estructura de un proceso penal y respecto de las cuales se aduce la supuesta colocación en riesgo, entiéndase los principios de imparcialidad, seguridad jurídica y legalidad procesal.

El principio de imparcialidad exige: *"la ajenidad del juez a los intereses de las partes en la causa, tanto en lo personal como en lo institucional (...) el juez debe contar, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino, ni siquiera alberguen el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial".* (Ferrajoli, Luigi. "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal", Ed. Trotta, p. 580)

La noción que toda persona inculpada de un delito sea oída por un tribunal imparcial, como derecho que debe ser garantizado en un juicio justo, se encuentra revestida de un carácter primario, a pesar que su inclusión no resulta expresa, sino implícita en la del debido proceso regulada en el Art. 12 de la Constitución.

La normativa internacional, concretamente los Arts. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, contemplan igualmente el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial. La normativa interna contiene dicho principio en el Art. 2 Pr. Pn., dicho principio.

A partir de los anteriores contenidos puede colegirse entonces que la justicia se apoya fuertemente en la imparcialidad del juzgador que interviene en la resolución de la causa. Para lograr tal objetivo, la legislación ha previsto como mecanismo efectivo, la excusa y recusación, a fin de separar al juez encargado en el proceso en trámite en caso de parcialidad. La excusa tiene lugar, cuando

concurriendo determinadas circunstancias, el juez espontáneamente solicita ser apartado de conocer el proceso asignado. Por su parte, en la recusación los litigantes solicitan excluir al juzgador del análisis de la causa. En definitiva ambas figuras persiguen como fin primordial revestir de transparencia, confiabilidad y objetividad las decisiones.

A continuación, surge el vital concepto de seguridad jurídica que se encuentra descrito en el Art. 2 de la Constitución de la República, y se comprende como *"un principio que informa a todo el ordenamiento jurídico. Se erige de manera genérica en nuestra Constitución a efecto de salvaguardar las relaciones de interactividad tanto de los ciudadanos entre si, como las de éstos frente al Estado. Para que exista seguridad jurídica, no basta que los derechos aparezcan en forma enfática y solemne en la Constitución, sino que es necesario que lodos y cada uno de los gobernados tenga un goce efectivo y cabal de los mismos. Por seguridad jurídica se entiende, pues, la certeza que el individuo posee de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos previamente establecidos."* (Sic. Véase sentencia de Amparo número 642-99, de fecha veintiséis de junio del año dos mil.)

La seguridad jurídica posee un amplio alcance y ello es en atención a su misión de resguardar los derechos que se encuentran previstos tanto en la Constitución como en la normativa secundaria; su campo de acción se extiende incluso hasta la legalidad procesal pues los funcionarios se encuentran obligados a respetar las previsiones legales al momento de impartir justicia, sus limites de actuación se encuentran determinados únicamente por la ley. Soslayar el cumplimiento de una norma o torcer su significado ocasiona de manera directa una violación al ordenamiento y en consecuencia, al principio en comentario.

Puede decirse entonces, que un claro reflejo de esta conjugación de principios, es decir la legalidad y seguridad jurídica, se encuentra contemplado en los Arts. 66 y siguientes Pr. Pn., ya que el ordenamiento ha precisado taxativamente aquellas circunstancias por las cuales el juez o magistrado debe abstenerse de conocer de un determinado asunto.

El principio de legalidad se vincula ante todo con el imperio de la ley, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantiza el art. 4 Pr. Pn., especialmente cuando éste declara que los jueces y magistrados están sometidos únicamente al imperio de la ley."

RELACIÓN DE AMISTAD TIENE QUE SER DE MANERA DIRECTA ENTRE EL JUZGADOR Y LAS PARTES O INTERESADOS Y NO ENTRE LOS FAMILIARES DE ÉSTE O ALLEGADOS

**"2)** Sobre la base de las anteriores consideraciones teóricas, es procedente analizar lo solicitado.

El enfoque central del recusante descansa en evidenciar la necesidad de inyectar transparencia al proceso en trámite puesto que la imparcialidad de las Magistradas propietarias se ve comprometida al conocer de la apelación subsidiaria respecto del auto que se encarga de señalar audiencia de revisión de medidas cautelares. Entonces, el análisis de este Tribunal abordará de manera

individual los alegatos que sustentan la recusación planteada respecto de cada una de las referidas funcionarias. En el orden que a continuación se detalla se dará respuesta a los motivos de impedimento señalados.

**a)** Pretensión de apartar del conocimiento a la licenciada […] Esta solicitud se fundamenta de acuerdo a las siguientes circunstancias:

a. l. Influencia que puede suscitarse en la convicción judicial de la licenciada […] a consecuencia de la amistad existente entre el imputado […] y el ingeniero […] quien posee parentesco en el segundo grado de consanguinidad con la mencionada operadora de justicia.

Previamente se expuso que la normativa procesal, en cumplimiento al principio de legalidad ha elaborado una descripción taxativa de aquellos motivos por los cuales se considera que la imparcialidad puede verse afectada. Dentro de este amplio pero definido espectro de causales figura el relativo a la "amistad". Así pues, el Art. 66 Núm. 11 Pr. Pn, textualmente reza: *"(Son causales de impedimento del juez o magistrado las siguientes) 11) Cuando tenga amistad íntima o enemistad capital con cualquiera de los interesados o si ha habido entre cualquiera de ellos agresión o amenazas graves o escritas."* (Sic).

En ocasión de lo anterior, la Sala considera necesario precisar el contenido de la causal señalada con el objetivo de garantizar la rectitud, transparencia, objetividad e imparcialidad de la función de administrar justicia.

En ese sentido, el precepto señalado consagra como motivo de separación para conocer de un determinado asunto, la amistad íntima que se concrete "entre uno de los interesados" y el operador judicial, debiendo entenderse por "interesado" a aquel que aún sin ser formalmente parte en el proceso, pueda perseguir un rédito en su celebración o en su resultado, es decir, en la sentencia a pronunciar. Para el asunto en discusión, el recusante considera que el lazo entrañable de afecto y fraternidad se ha consolidado entre el imputado […] y el ingeniero […}, quien por la filiación que le une con la licenciada […] puede ejercer una persuasión decisiva que favorezca en el pronunciamiento que la referida funcionaria tomará respecto de la situación jurídica del señor […]

A criterio de esta Sala, esa reflexión escapa del ámbito de aplicación de la causal en comento, ya que constituiría una extensión irracional al espíritu de la disposición invocada, pues el término en que la previsión legal ha sido construida es claro en exponer que la relación de estrecha cercanía ocurrirá invariablemente entre el juez o magistrado y el interesado, no así entre el magistrado y un amigo de sus consanguíneos más cercanos.

Aún, si esta Sala descompone el motivo de impedimento alegado y procediera a analizar el No. 4 del Art. 66 Pr. Pn., *("Cuando él, su cónyuge, compañero de vida o conviviente, hijo o padre adoptivo o alguno de sus parientes en los grados previamente indicados (dentro del cuatro grado de consanguinidad o segundo de afinidad) tenga interés en el procedimiento")* tomando como base el alegato formulado por el señor […] en cuanto a la influencia que a su criterio podría ejercer el ingeniero […] en la juzgadora, precisamente porque existe un vínculo no únicamente de solidaridad entre el señor […] contraparte procesal, sino también comercial ya que ambos son socios de la Sociedad […] S.A de C.V., tampoco se configura una razón suficiente por la cual se ordene separar a la Magistrada […]

del asunto en discusión, ello es así, pues si bien es cierto figura una certificación de constitución de la Sociedad citada, ello no construye automáticamente un "interés" por parte del ingeniero […] en la tramitación de la actual causa, la que no atañe, afecta o relaciona a los intereses de dicha persona jurídica.

Aunado a ello, si se enfoca el "interés moral" en la supuesta relación entrañable entre los señores […] de manera que el primero pretenda indiscutiblemente favorecer al procesado dentro del actual proceso en trámite, es oportuno mencionar que el objeto de la recusación recae en un auto de señalamiento de audiencia de revisión de medidas cautelares, que de ninguna manera compromete la situación jurídica del imputado. Sobre este particular se hará un análisis en párrafos posteriores. La anterior afirmación no permite determinar cómo a partir de la posición que ocupa el hermano de la Magistrada […] le asista un interés en las presentes diligencias.

Recuérdese que a través de la recusación se trata de establecer si la intervención del juez en el caso concreto profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de transparencia. Sin embargo, para el caso concreto solo concurre una mera afirmación de amistad, la cual se desconoce por este Tribunal si verdaderamente existe, y si ésta fuera comprobada, como se expuso anteriormente, no genera dentro del proceso en trámite un riesgo a la imparcialidad.

De acuerdo a todo lo expuesto, esta Sala considera que este primer argumento de recusación debe ser desestimado."

NECESARIO COMPROBAR LA RELACIÓN DE AMISTAD

"**a.2)** Amistad directa de la Magistrada […] y el señor […]

En el caso sub júdice, se ha planteado otro argumento de recusación por el señor […] el cual consistente en afirmar que la transparencia e imparcialidad de la referida funcionaria se vería afectada por su vínculo de fraternidad con el imputado […]

Concretamente, en cuanto al supuesto de la "amistad" que ha sido invocada como motivo de abstención en el presente incidente, es necesario indicar que no es suficiente alegar la existencia de cualquier tipo de relación amistosa, se exige que *"aparezca connotada por la característica de la intimidad entre dos personas, concepto que ciertamente puede considerarse en sentido técnico como indeterminado, pero que en ningún caso permite que se le califique como vago o subjetivo. De la amistad dice el Diccionario de la Lengua, en la primera de sus acepciones que es afecto personal, puro y desinteresado, ordinariamente recíproco, que nace y se fortalece con el trato, y aparece caracterizado por la nota de la intimidad cuando penetra y se sitúa en la zona espiritual y reservada de la persona,"* (Sentencia 162/1999, del Tribunal Constitucional Español, pronunciada el 27/09/1999).

De tal forma, para establecer de manera veraz y cierta la existencia real de un fuerte vínculo, se exige que tenga una manifestación exterior basada en

hechos notorios y recientes, no basta solo con realizar simples afirmaciones desnudas de cualquier sustento.

El señor […] afirma que la Magistrada […] es "íntima amiga" del señor […] pues incluso figuró como invitada especial a la inauguración de una vivienda que el recusante había entregado al señor […] Dicho señalamiento, fue negado de manera rotunda por la citada funcionaria, quien mediante la correspondiente declaración jurada expuso: *"Soy tajante en indicar que no he asistido a ninguna inauguración de algún inmueble propiedad del imputado […] y en consecuencia no es posible ni siquiera a manera de presunción afirmar mi asistencia como invitada especial a un lugar al que no concurrí(...) Soy enfática en indicar que no tengo ningún tipo de relación afectiva con el imputado […] y en consecuencia no observo ningún impedimento para conocer del presente proceso penal,"* (Sic)

Las posturas citadas que obviamente son antagónicas entre sí, obligan a verificar los eventos a partir de los cuales se considera que tal vínculo subsiste en la actualidad. Así pues consta el escrito de recusación, que únicamente se ha limitado a señalar el señor […] el presupuesto fáctico de la inauguración de una determinada vivienda.

Dicha circunstancia no puede ser calificada como evidencia de una "amistad intima" que comprometa la función judicial; recuérdese, para que un Juez pueda ser apartado del conocimiento de un concreto asunto es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio los mandatos previstos por la ley, sino otras consideraciones extrañas al ordenamiento jurídico. En el presente asunto no existe ni una mínima duda de riesgo a la imparcialidad subjetiva, ya que el hecho denunciado, no compromete de manera trascendente a la función judicial.

En definitiva, esta Sala considera que la causal de recusación alegada por […] mediante la cual pretende separar a la Magistrada […] del conocimiento del auto al que insistentemente se ha hecho referencia, no procede, debiendo declararse sin lugar este segundo argumento de separación."

IMPROCEDENTE CUANDO LA CONCURRENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL QUE SE ALEGA OCURRE ENTRE LA FUNCIONARIA Y UNA PERSONA QUE NO ES PARTE EN EL PROCESO

"a.3) Innegable vínculo laboral que existió entre la Magistrada […] y la colaboradora […] ex esposa del imputado en el proceso penal en trámite.

Como punto de partida debe señalarse que si bien es cierto, la reflexión anterior no forma parte del catálogo taxativo de los motivos de impedimento contenidos en el Art. 66 Pr. Pn., esta Sala comprende que el fundamento de la petición se ampara en el simple resguardo al Principio de la Imparcialidad.

Se ha argumentado que el impedimento surge en atención a que la señora […], se encontró vinculada laboralmente en la sede que dirige la funcionaria y además, es ex esposa del imputado […]

Ante dicho señalamiento, la Magistrada expuso: *"El hecho que dicha persona haya laborado bajo mis órdenes, ello no implica per se, que haya existido una relación afectiva o de íntima confianza, más allá de la relación laboral natural que surge a partir del cargo desempeñado como mi sub alterna, pero tal aspecto no es suficiente como para afirmar que mi raciocinio como funcionaria judicial se vea mermado o influencia por tal razón; en otras palabras, debe existir entre ambas partes una relación fraternal, estrecha y de confianza como para incidir en la ratio decidendi del juzgador, circunstancia que no se evidencia en el caso en concreto entre mi persona y la señora […] y por lo tanto, tampoco puede influir en el análisis jurídico que pueda emitir en relación al objeto de litigio."* (Sic)

Ciertamente, esta Sala en su unánime jurisprudencia ha resuelto que ante la existencia de un nexo de subordinación producto de una relación laboral, es procedente garantizar la imparcialidad del juez y la cristalinidad del proceso, separando de la causa al juez o magistrado que estuvo inmerso dentro de ese nexo de trabajo (verbigracia incidentes referencia 36-EXC-2015 y 48-EXC-2016, pronunciados respectivamente el 13/10/2015 y 26107/2016). Sin embargo, es de vital importancia retomar el contenido completo de tales posturas, pues como reiteradamente lo ha expuesto este Tribunal, todas las decisiones emitidas deben ser analizadas a partir de la integralidad de su contenido, en tanto que constituyen "unidades inseparables de decisión", pues de ser tomadas parcialmente, se corre el riesgo de arribar a una comprensión ya sea caprichosa o también, errónea.

Así pues, la médula de los precedentes citados versa sobre el lazo laboral actual o recientemente suscitado, entre el juez o magistrado y una de las partes procesales: víctima o imputado; pero para el caso en discusión, la concurrencia de la relación que se alega ocurre entre la funcionaria y la ex esposa del actualmente imputado, persona quien obviamente no es parte procesal y además, no guarda más el alegado vínculo de subordinación, ya que en la actualidad se encuentra disuelto, pues como lo expone en su declaración jurada la Magistrada, esta relación laboral tuvo lugar desde el catorce de febrero del año dos mil dos hasta el treinta de junio del año dos mil seis.

En cuanto a la circunstancia que exista un hijo entre los señores[…] que a criterio del señor […], es *"un hecho que podría ser objeto de un señalamiento de parcialidad"*, se trata de un argumento totalmente inútil, pues las causales de inhibición se encuentran previstas de manera expresa por la normativa procesal, tal como insistentemente se ha dicho a lo largo de la presente, y alegar dicho evento como motivo suficiente para separar del conocimiento de la causa a un funcionario, constituye una irreflexiva petición que únicamente trasluce la insistente pretensión de separar bajo cualquier subterfugio a la Magistrada propietaria del citado colegiado.

De tal forma, esta Sala no vislumbra como el finalizado vinculo laboral -que no trasciende a una amistad íntima, ni de confianza como incluso el mismo recusante lo deja ver en su escrito- pueda incidir en el criterio de la licenciada […] afectando su misión de permanecer ajena a los intereses del litigo. En definitiva, este argumento también debe ser rechazado y desestimado."

DENUNCIA COMO MOTIVO DE IMPEDIMENTO PARA LA SEPARACIÓN DEL FUNCIONARIO DEBE SER DE NATURALEZA PENAL Y NO ADMINISTRATIVA

**"b)** Enfática recusación formulada contra la licenciada […], por considerar que concurre el motivo contemplado en el Art. 66 No. 11 Pr. Pn.

El núcleo de esta causal descansa en señalar que entre la referida Magistrada y la-señora […], ex esposa de […] existió un vínculo laboral.

En tanto que las razones que alimentan este motivo de recusación son idénticas a las formuladas en contra de la Magistrada […] y que han sido desarrolladas en el literal a.), la parte solicitante deberá atenerse a la misma respuesta, es decir, desestimar este primer fundamento en tanto que la fenecida relación laboral no se considera influyente en el ánimo de la licenciada […]

Ahora bien, en cuanto a la exposición realizada por la referida profesional referente al procedimiento pendiente ante la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, en el que ella figura como denunciada *"como responsable de una supuesta persecución penal"* y que a su criterio constituye una causal de separación para conocer del caso, es oportuno señalar que si bien es cierto el número 9 del Art. 66 Pr. Pn., dispone literalmente: *"Cuando antes de comenzar el procedimiento haya sido denunciante o acusador de alguno de los interesados, o denunciado o acusado por ellos, salvo que circunstancias posteriores demuestren armonía entre ambos."* (Sic). El espíritu de esta disposición recoge como punto medular la "denuncia" en oposición de las partes intervinientes, pero para que configure un motivo real de impedimento que provoque la separación de la Magistrada, ésta debe ser de naturaleza penal y no administrativa. Sobre este particular, es necesario retomar la jurisprudencia de esta Sala, la cual ha sido uniforme y consistente al manifestar: *"...para que el impedimento invocado pudiera tener vocación de prosperidad, tendría que estarse ante una denuncia o acusación en la cual el funcionario judicial haya estado vinculado legalmente a una investigación penal, en la que se le hayan señalado cargos, por denuncia instaurada."* (Sic. Incidente de excusa Ref. 22-EXC-2015, pronunciado por esta Sala el 12/10/2015, en igual sentido Incidente de recusación referencia 13-REC-2015, emitido el 6/01/2016).

Entonces, la justificación a través de la cual el recusante pretende que la funcionaria se abstenga de conocer del asunto en discusión, no constituye una causal de recusación, pues la condición de tercero juzgador, que no es parte, ni está involucrado en intereses o vinculado con apreciaciones, sino únicamente sometido a la legislación primaria y secundaria, no resulta afectada por la existencia de un informativo administrativo previo. En conclusión, corresponde declarar no ha lugar a la recusación presentada.

c) Especial consideración en relación al auto de señalamiento de audiencia especial para revisión de medidas cautelares.

Reconociendo la autovinculación a las propias decisiones previas, mediante las cuales se otorga tratamiento equitativo a situaciones similares, procurando así una consistencia entre la resolución presente y 1as anteriores, resulta imperativo retomar los incidentes referencia 7-REC-2014 y 6-REC-2015, de fechas 23/02/2015 y 14/07/2015, respectivamente, en cuyo texto se ha señalado con

claridad que en aquellos supuestos relativos a la imposición o revisión de medidas cautelares, solución al recurso de revocatoria y en definitiva a los casos en los que se discutan cuestiones incidentales, interlocutorias y no respecto del fondo del asunto, no conforma una causal de impedimento para separar a los jueces o magistrados de la causa.

Las citas anteriores obedecen precisamente a la naturaleza de la resolución respecto de la cual el señor […] pretende que las Magistradas del Tribunal de Alzada, sean apartadas del conocimiento. Así pues, tal como figura en su escrito, la decisión recae en el "auto de señalamiento de audiencia especial para la revisión de medidas cautelares", el cual fue dictado en fiel cumplimiento a la orden contenida en el habeas corpus emitido por la Sala de lo Constitucional. Obviamente, el auto en comentario se encarga de resolver una cuestión interlocutoria que no atañe al fondo del asunto, ni incide en la solución del asunto sometido a discusión, respecto de las cuales se ha dicho previamente que no conforma un motivo suficiente como para acceder a la solicitud de la parte recusante.

En definitiva, esta Sala comprende que ninguno de los argumentos presentados por el señor […] constituyen causales serias que comprometan la imparcialidad, transparencia y objetividad para resolver la cuestión incidental planteada."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 11-REC-2016, fecha de la resolución: 21/09/2016*

REQUISITOS DE INTERPOSICIÓN Y ADMISIBILIDAD

"El Art. 70 Pr. Pn., regula la forma en cómo debe interponerse la recusación, la cual tiene que cumplir los requisitos de tiempo y forma, bajo pena de inadmisibilidad, recayendo sobre las partes la carga procesal de manifestar oportunamente que conocen de la existencia de alguno de los motivos de impedimento predeterminados en el Art. 66 Pr. Pn., en caso contrario, no podrán alegarlo con posterioridad, situación que se ve justificada, debido a que todos los intervinientes en el enjuiciamiento penal se encuentran obligados por el deber de probidad procesal.

De ahí que, el ejercicio del derecho de recusar a los administradores de justicia, concedido a las partes, se encuentra además, sujeto a ciertas exigencias legales, pues, al hacer uso de éste mecanismo debe tomarse en cuenta que la petición se ejercerá contra una autoridad determinada, en la cual concurra alguna de las causales establecidas en el Código Procesal Penal; que dicha acción deberá realizarse cuando se está desarrollando una fase procesal en concreto, es decir, que se está decidiendo algún punto de la causa penal y; finalmente, que el escrito debe interponerse en los plazos establecidos. Así, el Art, 70 Pr. Pn. No. 4) prescribe literalmente: *"...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: (..) 4) 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...".*

De acuerdo con la normativa citada, hay varios supuesto para ejercer este mecanismo; el primero, es cuando se interpone el recurso impugnativo y de manera conjunta se debe solicitar el apartamiento del funcionario judicial; el segundo, es cuando se emplaza a la contraparte para contestar el recuso; el tercero, es cuando se interpone recurso de revisión y en su contenido se solicita excluir al juzgador; y cuarto, es cuando en la apelación sin tramite, se debe interponer la recusación al momento de presentar el memorial recursivo o a la notificación de que se interpuso dicho libelo.

Al revisar estas condiciones en el tramite actual, se tiene que el día once de enero del presente año, el tribunal sentenciador notificó a los defensores particulares, sobre la interposición del recurso de apelación por parte del ente fiscal y la víctima, ante ello el día dieciocho del mismo mes y año, presentan contestación del recurso aludió y escrito de recusación donde solicitan el apartamiento de los magistrados de la Cámara citada; por lo anterior, se tiene que los recusantes cumplieron con este requisito de interposición *de* la recusación y además, explican con bastante claridad la causal de impedimento que, en opinión de los solicitantes, constituyen el obstáculo para que los juzgadores recusados sean apartados de este caso".

FINALIDAD ES GARANTIZAR LA CRISTALINIDAD DE LOS PROCESOS

"Previo al examen del incidente, es necesario mencionar que la imparcialidad judicial es una garantía procesal reconocida en los Arts. 186 Inc. 5 Cn., 4 Pr. Pn., 14. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho instituto según la jurisprudencia internacional se refiere a que el juez interventor en un caso, se aproxime a los hechos careciendo de prejuicios personales; asimismo, dicho funcionario debe ofrecer garantías suficientes que le permita despejar duda entre las partes interviniente, en la forma en cómo actuará sobre determinado asunto (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barreta Leiva vs. Venezuela sentencia de fondo 17/11/2009, párrafo 98).

Sin embargo, hay situaciones específicas por las cuales el funcionario judicial no debe conocer sobre determinada causa; para ello, los mecanismos instaurados en nuestra legislación son la excusa y recusación cuya finalidad es garantizar la cristalinidad de los procesos. Es así, que recusar es solicitar que un magistrado o juez se aparte o abstenga de tomar parte en una causa, en la que normalmente debería intervenir, por ofrecer dudas su imparcialidad, obrar sobre él poderosos influjos a favor o en contra de una parte, o ser fundada su amistad o enemistad con algunos de los litigantes o los letrados (Cabanellas, Guillermo, "Diccionario Enciclopedia de Derecho Usual", Tomo VII, 26° Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, 1998, Pág. 67).

En ese mismo orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que la: *"recusación es un instrumento procesal que permite proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial"* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso J. VS. Perú, sentencia de fondo, 27/11/2013, párrafo 182). Este punto no es ajeno a esta sede, pues, anteriormente se ha

dicho que el incidente de recusación es para resolver si un determinado juzgador concurre en alguna causal de impedimento que implique apartarlo de conocer sobre un concreto proceso judicial, por lo que, en el trámite de este incidente no se revisan aspectos de fondo de la causa penal. (Ref. 5-REC-2014 de fecha 18/11/2014)."

PROCEDE DECLARARLA CUANDO EXISTA UN CRITERIO PREESTABLECIDO SOBRE LAS RAZONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS DE LA CAUSA

"Ahora bien, del escrito presentado por los licenciados [...] y [...], donde expresan que la licenciada Sandra Luz Chicas Bautista y el licenciado Alonso Castillo Robles concurren en la causal N° 1 del Art. 66 Pr. Pn., integrando la Cámara de la Cuarta Sección del Centro, Santa Tecla, el día veintiséis de octubre del año dos mil quince, resolvieron el recurso impugnativo propuesto por el ente fiscal y víctima, habiendo revocado el sobreseimiento definitivo a favor de [...], por el delito de Denuncia o Acusación Calumniosa; por ello, siendo el cuadro fáctico exactamente el mismo que se le atribuye a la señora [...], y teniendo en cuenta que en la resolución aludida los funcionarios claramente hacen mención a su defendida, por lo que solicitan el apartamiento de los juzgadores de alzada.

Sobre este aspecto, la Sala considera pertinente traer al presente incidente los siguientes precedentes emitidos en casos similares, en los que se ha dicho que, tanto el sobreseimiento definitivo como el provisional, pueden ser objeto de revisión por parte de tribunal de segundo grado, puesto que su finalidad es provocar un análisis para determinar si concurren o no los presupuestos materiales y formales que condicionen a la apertura de juicio, de ahí que la facultad de control que tiene la alzada abarca hasta los datos arrojados por la investigación que se encuentra en los elementos testimoniales, documentales, periciales y las de objetos, con la finalidad de ponderar si hay juicio de probabilidad positiva sobre la perpetración del delito y la participación del imputado señalado (Ref.16-REC-2015). De manera tal que el Tribunal de apelación que conoce la causa y emite resolución en el cual revoca el sobreseimiento definitivo y ordena apertura a juicio es una decisión que encaja en el impedimento del N° 1 del Art. 66 Pr. Pn., de suerte que si de nueva cuenta se sometiera el asunto a control de los mismos juzgadores, se configuraría un pronunciamiento anterior por parte del funcionario judicial en el mismo caso, circunstancias que es capaz de provocar dudas sobre la imparcialidad objetiva, debido al contacto previo con el ***"thema decidendi"*** (2-REC- 2014 de fecha 15/12/2014).

1.- De las circunstancias identificadas en la revisión de las actuaciones, se ha podido advertir que como efectivamente han manifestado los peticionarios, que en el auto que dictaron los funcionarios recusados hacen varias alusiones a la señora [...], verbigracia, en la resolución donde anularon el sobreseimiento, ésta tuvo a su base los elementos de convicciones documentales y testimoniales siguientes:

**A)** Certificación del proceso identificado bajo referencia [...] extendida por el Juzgado Segundo de Instrucción de Santa Tecla del proceso penal contra del imputado [...] por el delito de Administración Fraudulenta en perjuicio de [...] S. A.

DE C. V. representada legalmente por la licenciada [...], de la cual se extrajo los hechos que están contemplados en el requerimiento fiscal mediante el cual señala que el imputado laboró en dicha institución como administrador de la misma, por lo que realizaba operaciones mercantiles y según auditoría financiera se determinó que el sindicado realizó préstamos personales sin autorización de la junta directiva o representante legal de la sociedad, además utilizó fondo de la institución para fundar sociedades en Guatemala y Costa Rica por lo que se le denunció por el delito en comento. **B)** La denuncia en sede fiscal que interpuso la licenciada [...], contra el señor [...], por el delito de Administración Fraudulenta. **C)** El informe de auditoría independiente elaborada por [...], contador público que reviso los estados financieros de los años 2008, 2009 y 2010 del cual concluyó que hay debilidad en el área de cuenta por cobrar, que los préstamos o beneficios otorgado a la gerencia debieron ser autorizados por una persona de mayor nivel jerárquico dentro de la empresa, que los auditores asignados deberían responder ante una autoridad superior. **D)** El testimonio de la víctima [...], quien expreso que desde el año dos mil trece comenzó a laborar como administrador general para la empresa denominada "[...] S.A. DE C.V.", porque conocía [....], menciona que solucionó los problemas administrativos y financieros de la institución, que el señor [...], le solicito crear empresas en Guatemala y Costa Rica, manifestó el declarante que tuvo diferencias con el señor [...], al grado que lo sustituyó en sus funciones y nombró a la licenciada [...], como gerente, que en varias ocasiones se comunicó con el señor [...], para llegar a un acuerdo para su retiro, que se utilizó su imagen para decir que él no trabajaba en la empresa y finalmente fue denunciado por el delito de administración fraudulenta, a pesar de que las acusaciones no era ciertas y por ello el juzgado de instrucción lo sobreseyó, por lo que se considera ofendido por el señor [...], y la señora [...], y por eso inicio acciones legales por del delito de Denuncia o Acusación Calumniosa.

Al revisar la sentencia absolutoria en favor de la señora [...], se tiene que en la prueba documental y testimonial presentada, está la denuncia interpuesta por el señor [...], certificación del expediente Referencia [....] instruido en el juzgado Segundo de Instrucción de Santa Tecla en la cual se tienen los elementos mencionados en párrafos anteriores y el testimonio del señor [...], por lo que esta Sala determina que hay ciertos datos que se volverían a valorar puesto que son comunes en ambos procesos.

De igual manera llama la atención, que en la fundamentación de dicho proveído donde se anuló el sobreseimiento hay un argumento preciso sobre lo mencionado por el recusante, así: *"Es oportuno señalar, que lo resuelto en el presente caso por el señor Juez Instructor, resulta incongruente con lo resuelto por el mismo funcionario judicial, en fecha veinticuatro y veintinueve de junio del año en curso, en cuanto que, ADMITIÓ LA ACUSACIÓN FISCAL Y ORDENÓ LA APERTURA A JUICIO del proceso en contra de la imputada [...], por el delito de DENUNCIAS* O *ACUSACIÓN CALUMNIOSA en perjuicio de la Actividad Judicial y subsidiariamente del señor [...], ya que los hechos investigados son los mismos y en este caso, contrario al anterior, decidió decretar sobreseimiento definitivo a favor del procesado [...].*

De ahí que si bien los magistrados de Cámara no han conocido de manera directa la causa en contra de la imputada [....], sí han analizado con anterioridad los elementos de convicción y la base fáctica del proceso seguido en contra del otro sindicado por el mismo delito en este caso el imputado [...]. Por lo que es razonable, suponer que ya tienen un criterio preestablecido sobre las razones fácticas y jurídicas de la causa; por ello, para preservar la transparencia procesal, es atendible acceder a la recusación solicitada.

En vista de lo anterior, es procedente declarar la legalidad de la causal invocada por los recusantes, a efecto de salvaguardar la garantía de imparcialidad en su componente objetivo y asegurar que el análisis y resolución de los recursos incoados se realice con neutralidad y trasparencia; evitando cuestionamientos innecesarios a la administración de justicia. Por consiguiente, habrá de convocarse a los respectivos magistrados suplentes para conformar la Cámara, a efecto de evacuar los libelos interpuesto."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 10-REC-2016, fecha de la resolución: 29/08/2016*

## REEMPLAZO DE LA PENA DE PRISIÓN

ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA IMPOSICIÓN DE LA PENA

"De conformidad al escrito recursivo, el interesado reprocha que la decisión en comentario se encuentra afectada por el vicio correspondiente a la "INOBSERVANCIA O ERRÓNEA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL" (sic), Teniendo como asidero legal los Arts. 478 N°5 y 399 Pr.Pn., 74 Pn. y 11 Cn.

Al respecto expuso que, al obviar el contenido de tales normas, la sentencia ha quedado desprovista de motivación jurídica, concretamente en la parte referida a la fundamentación de la sanción determinada a su patrocinado, ya que se ha incumplido con la *"obligación de determinar de manera precisa la pena impuesta"* por parte del tribunal de segundo grado; cuestiona, la interpretación que hizo dicho tribunal, por considerar que el reemplazo de aquélla es inviable al aducir que la sumatoria de las mismas hacen un total de seis años de prisión, lo cual excedía los límites establecidos, siendo a criterio del recurrente, que tal argumento carece totalmente de asidero legal, y que lo anterior no constituye un razonamiento relativo a la procedencia o no del reemplazo de la pena de prisión que señala el Art. 74 Pn., por lo cual, pide que esta Sala anule la decisión impugnada y se reemplace ésta a su patrocinado.

La Sala considera que el motivo **debe ser estimado,** conforme a los razonamientos que se expresarán en los siguientes párrafos.

Inicialmente se debe 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.

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 32-2006/48-2006-/52-2006/81-2006/91-2006, del 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 personales 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.

Ahora bien, al profundizar sobre la labor de análisis realizada por la Cámara, al darle respuesta a la petición efectuada por el apelante y relativa a la inobservancia de los Arts. 74 Pn., 399 Pr.Pn. y 11 y 12 Cn., dicha sede explicó que el encartado R. Q., fue condenado a cumplir tres años de prisión por el delito de Posesión y Tenencia (art. 34 Inc. 2° LRARD), de igual manera fue sancionado con tres años de internamiento por el ilícito de Tenencia, Portación o Conducción Ilegal o Irresponsable de Arma de Fuego, (Art. 346-B Lit. A Pn.), habiendo razonado que el Juzgador impuso la mínima de tres años al procesado *y "que al sumarse las penas impuestas al imputado hacen un total de seis años de prisión por ambos delito" (sic).*

En este mismo sentido, el tribunal de segundo grado consideró que el Art. 74 Pn., establece que es procedente aplicar el reemplazo de la pena de prisión por una menos gravosa, cuando ésta no excede de tres años; no obstante, en "la sentencia recurrida, se impuso una condena de tres años de prisión por cada delito, haciendo un total de seis años de prisión, por lo tanto al realizar la sumatoria de las penas por ambos delitos, la pena pasa los tres años que exige el Art. 74 del Código Penal, para reemplazarse la pena de prisión, y en virtud de ello no se puede aplicar lo establecido en el art. 74 del Código Penal y por ende el Juez A quo no ha inobservado dicho artículo, pues ha impuesto la

pena que de acuerdo a los hechos y las pruebas vertidas consideró pertinente imponer." (sic)."

FALTA DE ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL DE SEGUNDO GRADO PARA DENEGAR UN BENEFICIO QUE SE ENCUENTRA DENTRO DEL MARGEN LEGAL APLICABLE

"A criterio de esta Sede, el tribunal de segundo grado no interpretó de manera correcta el espíritu de la norma que hoy se alega inobservada, en el sentido que su respuesta es equívoca respecto de la petición que clara y directamente efectuó el interesado en su recurso de apelación, ya que únicamente llevó a cabo una sumatoria de los años de prisión a que había sido condenado el imputado R. Q., sin proveer reflexiones que respalden su decisión jurisdiccional, siendo este un elemento integrante del debido proceso, justificar de manera razonada y expresa su anuencia a la denegatoria del reemplazo de la pena, es decir, se debieron exponer las consideraciones que inclinan al tribunal de Apelación a convalidar el rechazo formulado en Primera Instancia y no emitir argumentos simplistas, como los expresados, 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.

Lo anterior, es respaldado vía doctrinal al señalarse: *"Cuando se trata de penas que superen el año y no excedan de tres, la motivación alcanza a ese extremo y, con más razón, al hecho mismo de la concesión, debiendo el juez explicar en su resolución por qué opta por no ejecutar la pena* de *prisión y la sustituye en la forma indicada." ("Código* Penal de El Salvador Comentado", MORENO CARRASCO, Francisco y otros, Pág. 357, Tomo 1, Consejo Nacional de la Judicatura).

Por consiguiente, el señalamiento efectuado por el recurrente es atendible, en tanto que las razones externadas por la alzada denotan 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 establece el Art. 144 Pr.Pn.

Ahora bien, el peticionario afirma que el defecto podía ser corregido por la Cámara, por cuanto ésta tenía facultades para revisar el error suscitado desde primera instancia; sin embargo, al prolongar el yerro con una errada interpretación, somete a resolución de este Tribunal el asunto, solicitando que en esta sede sea aplicado correctamente el Art. 74 Inc. 2° Pn., y se reemplacen todas las penas de tres años impuestas a su defendido por trabajos de utilidad pública.

Tal circunstancia, de conformidad con nuestra legislación –en este concreto caso- sí es aplicable, en tanto que el Art. 484 Inc. 3° Pr.Pn., faculta a este Tribunal para enmendar la violación legal detectada, especialmente porque en el presente asunto resultan contrarios a la ley, y al deber de motivación, los argumentos expuestos por el tribunal de segundo grado para denegar un beneficio que, debido al rango de sanciones determinadas, se encuentra dentro del margen legal aplicable; siendo procedente acceder a la solicitud del impugnante."

FINALIDAD ES 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 TENGA UN EFECTO DE DISUASIÓN

"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.

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 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. Otro aspecto de importancia a considerar es la fijación de la sanción. No puede ser igual el reproche para quien con una única acción violó diferentes disposiciones legales, que para aquel que en diversas oportunidades infringió la ley: " Cuando se parte del principio del derecho penal de acto, se impone un tratamiento diferencial para el caso en que con una sola conducta se incurra en dos o más tipicidades (concurso ideal) y para el supuesto en que en el mismo acto jurisdiccional deban juzgarse varias conductas típicas del mismo o de distintos tipos (concurso real)" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Derecho Penal, Parte General", Ediar, Buenos Aires, 2000, página 815)."

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEBE ENTENDERSE A LAS PENAS IMPUESTAS PARA CADA DELITO POR EL QUE SE CONDENE AL SUJETO Y, NO TOMARSE EN RELACIÓN AL CONJUNTO DE PENAS A QUE HAYA SIDO CONDENADO

"En el caso bajo examen, conforme a las circunstancias fácticas acreditadas, se está en presencia de un concurso real (Art. 41 Pn.), puesto que se trata de

dos acciones independientes entre sí que dieron origen a dos delitos, Posesión y Tenencia (Art. 34 Inc. 2° LRARD y Tenencia, Portación o Conducción Ilegal o Irresponsable de Arma de Fuego (Art. 346-B Lit. A Pn.), habiéndose analizado la penalidad de conformidad con el artículo 71 Pn., donde se determinó aplicar las penas correspondientes a los delitos cometidos, a fin de cumplirlas de manera sucesiva.

De ahí que, al dictarse sentencia se consideró que la sanción proporcional a los delitos cometidos, congruentes con el desvalor de los actos realizado, correspondía aplicar una pena de tres años de prisión por cada uno de ellos; es decir, estamos en presencia de dos sanciones cuya penalidad permite la sustitución en los términos acordados por el Art. 74 Inc. 2° Pn., puesto que se trata de penas independientes cuyo cumplimiento es netamente diferenciable; en ese sentido, resulta inconsistente el razonamiento de la alzada, al omitir efectuar el análisis del reemplazo, basados únicamente en una sumatoria de las penalidades, infiriendo erradamente que al computarse seis años de prisión, automáticamente se excedía el monto que permitía su reemplazo.

Entender así la disposición contenida en el Inc. 2° del Art. 74 Pn., significaría ir en contra de la teleología del procedimiento penal vigente, pues hasta la doctrina referida a la norma en comento sugiere una interpretación distinta, al afirmar que el ámbito de su aplicación, debe entenderse *"a las penas impuestas para cada delito por el que condene y no tomarse en relación al conjunto de penas a que haya sido condenado el sujeto por los distintos delitos que hayan sido enjuiciados en un mismo procedimiento...."* ("Código Penal de El Salvador Comentado", Op. Cit., Pág. 358).

Y es que, 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 de cada uno de los delitos 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 esta Sala ha sostenido 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 (ver Ref. 626-CAS-2009 del 14/03/2011.)

Bajo esa perspectiva, consta en la sentencia que la Cámara recoge como hechos acreditados en primera instancia que como a las cero una hora del día dieciocho de marzo del dos mil quince es encontrado dentro de la esfera de disponibilidad activa del procesado [...], en su casa de habitación, catorce porciones de hierba seca y una porción a granel de semillas en una bolsa; así como también un arma de fuego tipo fusil calibre veintidós milímetros, con número de serie […] marca Martín. Que según prueba de campo y luego análisis de laboratorio, se determina que dicha hierba seca incautada corresponde a droga marihuana,

con un peso de10.6 gramos y las semillas 48.2 gramos, lo cual sobrepasa los límites del consumo particular; que no se acreditó que la posesión y tenencia se encuentre ordenada dentro de uno de los verbos configurativos del tráfico ilícito; que el arma de fuego se encuentra en perfecto estado de funcionamiento y sin los correspondientes permisos para su tenencia; que el encausado comprendía el carácter ilícito de sus actos.

Se explican a su vez los parámetros de determinación de la pena, teniéndose que según la naturaleza de los delitos, ambos son de peligro abstracto, por lo que el daño es también abstracto, no pudiendo determinarse la extensión del mismo; refiriendo a demás que se desconoce la calidad y los motivos específicos que llevaron al encausado a cometer los ilícitos, pues se determinó que éste actuó con plena conciencia de que las acciones atribuidas constituyen delitos, teniendo la capacidad de poder determinar sus comportamientos con base a tal comprensión; en cuanto a las circunstancias que rodearon el hecho, también son desconocidas, no concurriendo ninguna situación agravante ni atenuante de las prevista en los Arts. 29 y 30 Pn., 54 y 55 LRARD."

AUSENCIA DE INFRACCIÓN ANTE REEMPLAZO POR TRABAJOS DE UTILIDAD PÚBLICA CUMPLIENDO CON LOS PARÁMETROS ESTABLECIDOS EN LA LEY

"En ese orden de ideas, esta Sala atendiendo al segundo requisito, es decir, a las circunstancias del hecho cometido, se tiene que ambos delitos ciertamente fueron realizados en forma consciente por el imputado; sin embargo, no se señala que el encausado sea un individuo de alta peligrosidad, o que haya actuado en circunstancias agravantes; tampoco se ha acreditado que haya formado parte de alguna agrupación delictiva, ni que realizara los ilícitos en compañía de otros u otras personas, por lo que a criterio de este Tribunal; es procedente convertir las penas de prisión que le han sido impuestos por trabajos de utilidad pública, los cuales deberán ser controlados por el Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente.

Conforme a lo explicado, estima la Sala que, en este caso particular no se le daría cumplimiento al Art. 27 Inc. 3° Cn., en cuanto a la función resocializadora que deben cumplir los centros penitenciarios en referencia a los internos, la cual está orientada a viabilizar la reeducación y la reinserción de los privados de libertad, proscribiendo 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, además, debe tomarse en cuenta que las penas privativas de libertad han de ser manejadas frente a aquellos conflictos sociales que sean imposibles de resolver por otros medios menos gravosos, siempre en proporción a la gravedad del ilícito cometido y la culpabilidad del hechor.

En suma, al imputado R. Q., se le debe reemplazar la pena de tres años de prisión aplicada a los delitos de Posesión y Tenencia, sancionado en el Art. 34 Inc. 2° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en perjuicio de la Salud Pública; y, Tenencia, Portación o Conducción llegal o Irresponsable de Arma de Fuego; previsto en el Art. 346-B, Lit A del Código Penal, en perjuicio de la Paz Pública, al equivalente en trabajos de utilidad pública.

Cabe hacer notar, que si bien uno de los delitos es de aquellos tipificados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, concretamente, el delito de Posesión y Tenencia, por el cual se le impuso la pena de tres años de prisión al imputado, no es un obstáculo para sustituirla por trabajos de utilidad pública, en tanto que no aplica la prohibición del Art. 71 de la ley en mención, ya que ésta hace referencia únicamente a los beneficios de excarcelación y de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. (ver sentencia 279-CAS-2009 del 25/01/2012.).

En consecuencia, se deberá dejar sin efecto la parte de la sentencia de segundo grado que decidió declarar sin lugar el reemplazo de las penas de tres años de prisión a las que fue condenado el interno [...], quedando incólume en todos les demás aspectos."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 64C2016, fecha de la resolución: 06/07/2016*

## REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

EXIGIR QUE EL TESTIMONIO COINCIDA A CABALIDAD CON EL DICTAMEN FORENSE VULNERA SISTEMA DE VALORACIÓN PROBATORIA

"Respecto de los demás puntos que resultan revisables en casación, esta Sala considera que **los mismos deben ser desestimados,** conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

Al analizar los argumentos del libelo, se advierte que la casacionista difiere con lo resuelto por la Cámara, a partir de que "... hace una sola mescolanza (sic) de los elementos de prueba incorporados al proceso, en donde se contradice en sus mismas valoraciones...". (sic).

Manifiesta su desacuerdo con la decisión del tribunal de alzada, ya que al hacer la valoración de la prueba, consideró que el dicho del testigo es relevante y creíble, pero no toma en cuenta que la autopsia "... es una prueba científica a la cual se le debe de dar mayor valor que el dicho de un testigo...". (sic).

Basa la anterior afirmación en que la Cámara no valora el elemento de carácter decisivo, consistente en el dictamen de autopsia, prueba científica que no es concordante con lo dicho por el testigo clave "Enero I", dado que en la misma consta que la víctima no tiene ninguna lesión en el cuello, ni tampoco lesiones producidas por arma de fuego, y no obstante que el levantamiento de cadáver establece que existen dichas perforaciones, con la autopsia se descartan, por lo que se debió restar credibilidad -por el juzgador- y no merecerle fe a dicho testimonio.

El tribunal de apelación, por su parte, confirmó la decisión de primera instancia al determinar que luego de confrontar el testimonio en mención, con el acta de inspección ocular, se constata que el cadáver se encuentra en una tumba clandestina, ubicada en la finca Urias del cantón Llano El Chilamate, del municipio de Jucuapa, departamento de Usulután, en una barranca, sin camisa, maniatado de manos y que en la escena se encuentra, al sur de la tumba clandestina,

un cartucho de arma de fuego; lo que según su criterio tiene concordancia con lo manifestado por el testigo clave “Enero I”.

Consigna la Cámara, que si bien el protocolo de autopsia no expresa que el cadáver presenta lesiones causadas por proyectil de arma de fuego, el referido testigo relata que cuando dispararon contra la humanidad de la víctima, no notó que impactaran en ésta; no obstante, en el acta de inspección consta que el cadáver presenta orificios por disparos de arma de fuego, como también lesiones por arma blanca en la espalda; por ende, el testigo clave “Enero I”, ha sido concordante con los elementos de prueba citados, por cuanto guarda similitud con la forma en que fue encontrada la víctima y las heridas que le fueron causadas.

Otro factor que resalta el tribunal de alzada, es que tampoco existe contradicción alguna con lo declarado por dicho testigo, pues, en el protocolo de autopsia se describen múltiples lesiones ocasionadas por arma corto contundente, algunas que incluso amputan parcialmente ambas piernas; con respecto a la amputación de la mano izquierda, esta se encuentra amarrada con una soga de nylon a la mano derecha, tal como manifiesta el testigo clave “Enero I”, y que además consta en el acta de inspección ocular de cadáver; aunado a ello, al momento de ser encontrado el cadáver estaba atado de manos y sin camisa en una fosa clandestina; lo cual, así es descrito por el testigo, en el lugar donde dice haber visto a los imputados cometer el hecho, por lo que se puede concluir, según la Cámara, que el testigo clave “Enero I”, sí presenció los hechos, por lo que ratifica lo resuelto en primera instancia.

Así las cosas, al analizar los fundamentos de la decisión, se logra advertir que el tribunal de alzada verificó que las consideraciones dadas por el *A-quo* eran suficientes para dar por comprobados los extremos procesales, dado que las premisas de sus razonamientos las constituyen los elementos de convicción presentados, estimando que la deposición del testigo clave “Enero I”, aporta elementos que respaldan su credibilidad, al haber observado a los sujetos en el lugar donde se le quitó la vida a la víctima; y guarda concordancia con el acta de inspección ocular del cadáver, en cuanto a la forma en que fue encontrada, y de haberse recolectado en la escena hacia el sur de la tumba clandestina, un cartucho de arma de fuego; además, con el protocolo de autopsia que describe las lesiones y la causa de muerte como múltiples heridas profundas cráneo encefálicas y de tórax ocasionadas con arma corto contundente. Por lo dicho, esta Sala comparte el criterio sustentado por la Cámara, al considerar que existe consistencia y concordancia lógica entre las distintas pruebas, razón por la que resulta ajustada a derecho la confirmación de la sentencia definitiva impugnada.

Conviene aclarar, en lo concerniente a las discrepancias que a criterio de la recurrente son determinantes, que, por un lado, si bien es cierto pudieran existir algunas diferencias en la información aportada por el testigo clave “Enero I” y la prueba pericial (autopsia), la Cámara de Segunda Instancia ha justificado que existen mayores concordancias entre el conjunto de pruebas, que las contradicciones señaladas por la quejosa; y por otro, que tales imprecisiones debió evacuadas en el momento procesal oportuno a través del contrainterrogatorio; así, en el acta de la audiencia de vista pública no aparece que dicha profesional llevara alguna intervención donde instara al examen de las contradicciones por ella señaladas; siendo éste el mecanismo a ser utilizado.

El citado criterio, ha sido relacionado en la jurisprudencia de esta Sala, tal es el caso del precedente en el que se establece: "... *De lo expresado, repara este Tribunal que las exigencias del Sentenciador en cuanto a que el dicho del manifestante sea impecable, es contrario a las reglas de la sana crítica (...) no es acertado exigir que el testimonio coincida a cabalidad con la pericia. Así, se ha pronunciado esta Sala en otros supuestos similares, explicándole a los Juzgadores que tales juicios vulneran nuestro sistema de valoración probatoria...". (Ref. 502-CAS-2010, de las nueve horas y quince minutos del día catorce de enero de dos mil trece).* (Véanse además, sentencias con Ref. 357-CAS-2006 de las diez horas veinte minutos del día catorce de octubre de dos mil nueve y Ref. 173C2015 de las ocho horas y veinte minutos del día ocho de febrero del año dos mil dieciséis).

De las consideraciones antes expuestas, se colige que los argumentos dados por el tribunal de alzada se encuentran apegados a derecho y conducen a afirmar que la infracción alegada no se ha producido en la resolución dictada.

En consecuencia, al no haberse acreditado el vicio invocado, procede la desestimación de la pretensión de la defensa técnica."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 252C2016, fecha de la resolución: 08/11/2016*

## ROBO AGRAVADO

CONSUMACIÓN REQUIERE QUE EL SUJETO ACTIVO HAYA QUEDADO EN CAPACIDAD DE EJERCER ACTOS EFECTIVOS DE POSESIÓN SOBRE EL BIEN

**"1.** El imputado Roberto Antonio H. H. plantea como primer motivo la errónea aplicación de los Arts. 212 y 213 Nos. 2 y 3 Pn., ya que la figura típica aplicable, a su criterio, no debió ser Robo Agravado en su modalidad consumada, sino imperfecta, pues la teoría de la disponibilidad que exige un acto de desplazamiento físico del bien en poder de la víctima hacia la esfera de poder del sujeto activo, y la posibilidad de disposición sobre el mismo, no fue correctamente aplicada, por cuanto ha quedado claro que los sujetos que cometieron el delito nunca pudieron ejercer actos de disposición sobre la cosa, ello por dos circunstancias: 1) porque notan la presencia policial y 2) porque al vehículo casi se le había agotado el combustible, razón por la cual optaron por abandonarlo. Sin embargo, la Cámara consideró que este acto de abandono constituía un acto de disposición, criterio que no es compartido por el recurrente, por cuanto los sujetos no pudieron ejercer disposición sobre el automotor, por circunstancias ajenas a su voluntad. Lo que incide en la calificación del hecho, específicamente en cuanto al grado de ejecución del hecho punible, porque debió calificarse como Robo Agravado en Grado de Tentativa, aplicando el Art. 24 Pn., y no como un delito en su forma perfecta o consumada.

Atendiendo al principio de intangibilidad de los hechos, es preciso para determinar la existencia de un defecto por motivo de fondo, remitirse a la relación fáctica establecida en la sentencia, siendo la misma inalterable. En ese sentido, se tiene que los hechos acreditados son los siguientes: "[…]".

La Cámara consideró que, conforme a los hechos acreditados, se tuvo que el vehículo fue sustraído del poder de la víctima mediante violencia y salió de la esfera de dominio de ésta, ya que después de amenazarla y bajarla del mismo fue abandonada por los sujetos, quienes se llevaron al automotor; luego de poner la denuncia se inicia una persecución, por lo que los sujetos del delito dejan el automotor robado, abordan otro y fueron detenidos momentos después de cometido el hecho.

Concluyendo el Ad quem: "Con base a la teoría de la disponibilidad, el delito de robo se entiende consumado, cuando, además del desapoderamiento de bienes del ofendido, se logra el apoderamiento por parte del sujeto activo y consecuentemente la disponibilidad por parte de este. En este caso se advierte que los sujetos activos no solamente sustrajeron la cosa mueble de la esfera de custodia de su propietario, sino que además por un corto espacio de tiempo tuvieron la plena disponibilidad sobre el mismo, es decir la capacidad de ejercer actos efectivos de posesión sobre el bien, como lo son conservarlo, dañarlo, usarlo, cambiarlo o perderlo, como en este caso sucedió, ya que los sujetos deciden abandonar el automotor, realizando así un acto de disposición sobre él, por lo que este acto alegado por el defensor como constitutivo de la tentativa es por el contrario el que reafirma al disposición que se tuvo sobre el bien.--- En ese orden de ideas desde el momento que se sustrajo el automotor de manos de la víctima hasta el instante que los sujetos activos dejan abandonado el mismo, existió aunque sea por un breve período, disponibilidad sobre el automotor, no exigiendo el tipo penal un determinado periodo para tener por consumado el delito, por lo que en este caso el delito efectivamente se consumó, existió aunque sea por un breve período, disponibilidad sobre el automotor, no exigiendo el tipo penal un determinado periodo para tener por consumado el delito, por lo que en este caso el delito efectivamente se consumó... por ende la Jueza actuó apegada a derecho al considerar que así había sido con base en la teoría de la disponibilidad." (Sic).

El tribunal para fijar el momento consumativo en el Robo Agravado tiene en cuenta la teoría de la disponibilidad, en virtud de la cual, el delito se entiende acabado cuando aparte del desapoderamiento de bienes del ofendido, se logra su apoderamiento y consecuentemente la disponibilidad por parte del agente.

Considerando consumado el delito con base en el desfile probatorio, porque hubo apoderamiento del vehículo de la víctima y se logró el fin propuesto por el agente; es decir, el desapoderamiento y disponibilidad del objeto del poder del sujeto pasivo; asimismo, consideró que existió disponibilidad sobre la cosa, *-"desde el momento que se sustrajo el automotor de manos de la víctima hasta el instante que los sujetos activos dejan abandonado el mismo, existió disponibilidad sobre el automotor"-* porque tuvieron la capacidad de ejercer actos efectivos de posesión sobre el vehículo, en este caso abandonar el automotor, realizando así un acto de disposición sobre él.

Al respecto, cabe acotar que hay "desapoderamiento" cuando el autor logra desposeer o despojar a alguien de lo que tenía o de aquello de lo que se dispone, o sea que hay apoderamiento y desapoderamiento cuando la acción del agente impide que el ofendido ejerza sus poderes de disposición o hacer efectiva

sus facultades sobre la cosa, porque ahora es el autor quien puede someter la cosa al propio poder de disposición. Es decir, que para que el Robo se estime consumado, el agente activo no sólo debe haber sustraído la cosa mueble de la esfera de custodia de su tenedor, poseedor o propietario, sino que además, debe haber quedado en capacidad de ejercer actos efectivos de posesión sobre el bien. Precisamente esa posibilidad de disponer, significa asumir un poder de hecho respecto del objeto sustraído, que confiere al nuevo tenedor condiciones efectivas para conservarlo, dañarlo, venderlo, cambiarlo o perderlo, entre otras formas comunes de disposición."

ESTADIOS DE EJECUCIÓN DE LA TEORÍA DE LA DISPONIBILIDAD

"Por ello, de acuerdo a esta teoría, en la dinámica de los delitos de Robo pueden distinguirse varios estadios de ejecución, como el iniciar la realización del delito sin llegar a apoderarse de la cosa, en cuyo caso será en grado de tentativa; el apoderamiento material de la cosa sin que se dé el desapoderamiento, lo que excluye la disponibilidad, (porque se sorprende in fraganti al autor al momento en que se apodera de la cosa) caso en que la conducta siempre será tentada; y el apoderamiento con desapoderamiento y disponibilidad sobre la cosa, aunque sea momentánea, constituiría un delito consumado."

SE CONSIDERA CONSUMADO CUANDO SE DA EL APODERAMIENTO MATERIAL DE LA COSA, SIN DISPONIBILIDAD DEL SUJETO ACTIVO POR CAUSAS EXTRAÑAS AL MISMO

"De lo anterior cabe concluir, que la calificación del delito de Robo Agravado es correcta, pues, se tiene que ante la denuncia interpuesta por la víctima, agentes policiales interceptaron a los sujetos que lo cometieron cuando éstos se conducían a bordo de otro vehículo, porque el que fue sustraído al ofendido lo dejaron abandonado al quedarse sin gasolina. Conducta considerada como consumada, ya que los sujetos tuvieron la capacidad para disponer sobre el destino del bien apoderado y el tiempo para guardarlo, ocultarlo o abandonarlo, aunado al hecho que la intervención de los sujetos fue posterior a la materialización del último acto de ejecución delictiva y lo único que se impidió fue la concreción del beneficio económico perseguido, en consecuencia, el hecho acreditado no conduce a una interrupción en la ejecución del delito, por lo que no puede considerarse constitutivo de Robo Imperfecto.

En relación a lo expuesto, cabe indicar lo considerado en esta Sede, en anteriores resoluciones acerca de la teoría de la disponibilidad, así en la sentencia bajo referencia 23-CAS-2007 de fecha veintinueve de mayo del año dos mil ocho, se dijo: *"...esta Sala ha sostenido en diversas resoluciones, que en ciertos delitos patrimoniales -entre ellos el Robo- la teoría que mejor se ajusta al enunciado típico de apoderarse de una cosa mueble, es la de la disponibilidad. De acuerdo con dicha teoría, concurren tres momentos que ayudan a diferenciar los niveles sobre los cuales gira la consumación o no del mismo, a saber: i) ejecución inicial del hecho donde aún no ha existido apoderamiento de la cosa; en este supuesto, de no persistir el desarrollo del accionar delictivo es cuando*

*se produce la tentativa; ii) apoderarse materialmente de la cosa, sin tener como contrapartida el desapoderamiento de la víctima, en cuyo caso sus alternativas son la flagrancia o la inmediata e ininterrumpida persecución, dado que en ambas situaciones la disponibilidad no llega a concretarse; y iii) el concreto apoderamiento, donde se tiene la probabilidad de disposición de las cosas, incluso por breves momentos. Haciendo énfasis en el último de los niveles señalados, y considerando que la disponibilidad implica la certeza de que los hechores estuvieron en la posibilidad de obtener un beneficio directo o indirecto de los objetos sustraídos, de acuerdo con los hechos acreditados en este proceso, se reduce que hubo una solución de continuidad en las facultades de sus legítimos tenedores, siendo éste el instante durante el cual se produjo la consumación del ilícito. No está de más aclarar, que el perfeccionamiento del delito no se destruye si en los breves instantes posteriores a la ocurrencia de los hechos, los sujetos que han participado en el mismo son capturados y como consecuencia de ello se recuperan los objetos robados, sobre todo si esto se debe a un hecho eventual cuya realización ha dependido de aspectos puramente aleatorios."* (Sic). En el mismo sentido se encuentran las resoluciones 6-CAS-2010 y 411- CAS-2011 de fechas veintisiete de enero del año dos mil doce y veintisiete de febrero del año dos mil trece, respectivamente.

En este caso, resulta aplicable el criterio antes relacionado, pues se tiene que la ilustración fáctica de la sentencia demuestra que dos sujetos abordaron el vehículo de la víctima, mediante el uso de violencia la bajaron de éste y se dieron a la fuga, posteriormente abandonaron el automotor y solicitaron la ayuda de un tercer sujeto, quien los llegó a traer al lugar donde dejaron el vehículo, siendo capturados por agentes policiales -quienes habían sido avisados del robo- cuando transitaban en otro automotor. Como se observa, los sujetos fueron perdidos de vista por la víctima, no hubo persecución inmediata, fueron capturados momentos después, y durante el tiempo que condujeron el automotor, los sujetos pudieron disponer del mismo. En consecuencia, el hecho acreditado es constitutivo de un delito de Robo Agravado en grado consumado, por lo que el reclamo alegado deberá desestimarse."

CORRECTA FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA

"2**.** Como segundo motivo el impugnante aduce la falta de fundamentación de la sentencia, porque la Cámara omitió pronunciarse sobre el contenido de lo dicho por el testigo […], cuando de su declaración se desprendían varias circunstancias fácticas que tenían un contenido dirimente, limitándose el tribunal de alzada a transcribir los fragmentos de lo dicho por la juez de primera instancia, quien descartó el testimonio basándose en la existencia de una posible animadversión en contra de los otros testigos criteriados.

El Tribunal de alzada no incurre en el vicio anotado por el recurrente.

En el caso de autos, se tiene que la Cámara para determinar la concurrencia o no del reclamo formulado por la defensa, en cuanto a la omisión de la valoración del testimonio del testigo de descargo, se remite al texto de la sentencia de primera instancia, donde pudo constatar que el *A quo* evaluó la declaración del

referido testigo, la cual fue desestimada por no existir otro medio de prueba que sustentara lo manifestado por éste, mientras que la restante prueba aportada resultaba coincidente con las deposiciones de los testigos de cargo. Consideración con la que no está de acuerdo el recurrente porque, en su criterio, la Cámara no hizo mayor análisis de esa declaración. Ante ello, esta Sala estima que la conclusión del tribunal de alzada es la correcta, por lo que no existe el vicio anotado, no sólo porque no hay preterición de prueba en la fundamentación del fallo, sino porque la credibilidad que se dé a la prueba es una facultad discrecional de los juzgadores de mérito.

La Cámara expuso los hechos que se lograron probar con base en la prueba evacuada, luego realizó un análisis mediante el cual puso en evidencia que los elementos probatorios eran suficientes para acreditar los extremos procesales, refiriendo lo considerado por el *A quo* respecto a la declaración del testigo de descargo, para desestimar su dicho, al no otorgarle credibilidad; además, su testimonio no resultaba coincidente con ningún otro elemento probatorio, comprobando con ello que tal testimonio fue valorado.

Corrobórese lo anterior en la sentencia de alzada, cuando el *Ad quem* concluye que se acreditó en juicio que el imputado fue el que planificó el hecho y dio instrucciones a los sujetos que intervinieron para cometer el delito, quienes actuaban bajo su dirección, para ello tuvo en cuenta lo manifestado por los testigos con clave “Fernando” y “Guardiola” y concluye que éstos fueron claros en manifestar que eran parte de una estructura que se dedicaba a robar vehículos, liderada por el imputado, aportando detalles de la forma de operar, además, se contó con prueba pericial y reconocimientos de personas, prueba que resultó coherente con la restante aportada al proceso. También verificó la valoración del testigo […], la cual resultó, por sí sola, insuficiente para desvirtuar la prueba de cargo.

De lo anterior, cabe señalar que, la conclusión a la que llegó el *Ad quem,* sobre la participación del encartado, no es más que el resultado del análisis integral de la prueba aportada al proceso; además, debe tenerse en cuenta que no es dable exigir que la motivación sea necesariamente extensa, pues, como lo ha señalado con acierto la doctrina, esta puede ser breve o escueta, con tal que sea eficaz. (Cfr. con De la Rúa, Fernando. El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino, Buenos Aires, Zavalía-Editor, 1968, p. 155).-

En consecuencia, el reclamo no es atendible, pues en la sentencia impugnada se consigna expresamente el material probatorio básico en el cual se asientan las conclusiones, describiendo o reproduciendo el contenido o dato probatorio relevante de cada elemento de prueba, a la vez que se demuestra su correspondencia racional con las afirmaciones que se admiten en el fallo, a través de una consideración concisa pero razonada de aquellos elementos probatorios de carácter decisivo que sirven de base a cada proposición, a saber, permitiéndose así controlar y verificar la logicidad o derivación racional de las inferencias o determinaciones de hecho a las que arribó el tribunal.

Por lo expuesto, estima la Sala que no hay falta de fundamentación, porque se expresaron las razones de la decisión, aunque no las comparta el reclamante, por lo que procede desestimar la alegación.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 8C2016, fecha de la resolución: 26/04/2016*

## SENTENCIA

ERRORES MATERIALES EN LA REDACCIÓN NO INCIDEN EN SU VALIDEZ

"Señalan también los impetrantes, que la Cámara erró al interpretar el recurso de apelación interpuesto por el agente fiscal, debido a que la persona que lo presentó es el licenciado [...], lo cual consta en el proceso, pero que los Magistrados manifiestan que lo interpuso el licenciado [...], lo cual, para los recurrentes no es cierto ya que este último nunca fue parte en el presente proceso.

De la misma manera, expresan que quien dirigió la vista pública fue la Jueza [...], pero que los Magistrados de Cámara expresaron que quien absolvió a su representado fue el Juez de Sentencia, licenciado [...], constituyendo lo anterior una equivocación cometida por el tribunal de segunda instancia.

Del estudio realizado por esta Sala a la sentencia recurrida, se puede observar que ciertamente la Cámara cometió los errores señalados por los impetrantes, en cuanto se refiere a los nombres tanto del fiscal que interpuso el recurso de apelación, como al del Juez que dicto la sentencia de primera instancia. Sin embargo, cabe apuntar que tales equívocos deben catalogarse como errores materiales en la redacción de la sentencia, los cuales se dan por deficiencias formales producidas al hacer transcripciones de nombres, pero que no inciden en la validez del acto procesal; asimismo, es de tomar en cuenta que en el presente caso, tales errores pueden ser despejados, al leer el preámbulo y el fallo del proveído de Cámara en el cual se expresa que el recurso de apelación fue interpuesto por el licenciado [...] contra la sentencia absolutoria pronunciada por la licenciada [...], Jueza del Tribunal de Sentencia de Sonsonate.

De lo antes apuntado, cabe recordar que, no obstante concurrir en la sentencia este tipo de errores, al analizarse ésta como un documento completo, indivisible, internamente cohesionado, y estudiado desde una óptica integral, se puede extraer la voluntad del sentenciador en cuanto a la existencia del hecho, la determinación de la participación delincuencial, la subsunción del cuadro fáctico en la norma penal y sus correspondientes consecuencias jurídicas; de lo cual no es posible derivar ningún agravio en detrimento del derecho de defensa del justiciable. En cuanto a que el fallo debe examinarse como un todo y no parcialmente, véase la sentencia con Ref. 425-CAS-2011 del día diecisiete de octubre de dos mil doce, en la que se determina que el proveído tiene que: *"....ser visto como un todo, es decir, como un conjunto lógicamente vinculado y que armoniza el marco fáctico, la prueba, su transcripción y los razonamientos probatorios, como antecedentes necesarios para la conclusión en la parte dispositiva, en otras palabras, la decisión final..."* (Sic.).

Por lo tanto, puede afirmarse que, en el caso de autos, los errores denunciados se constituyen como materiales y, por ende, no hacen variar en nada el *iter* lógico de los razonamientos que sostienen la decisión contenida en el fallo, ya que se desprende la justificación de la condena por haberse determinado el hecho, la participación de los procesados, así como el análisis de tipicidad verificado; de consiguiente, éstos aspectos no configuraron defectos de carácter esencial de la sentencia impugnada, ni se vuelven dirimentes como para declarar su nulidad, dado que no generan indefensión para ninguna de las partes.

Finalmente, el licenciado [...] señala que en caso de autos la Cámara se extralimitó en sus funciones al valorar prueba, vulnerando de esta "manera el principio de inmediación y contradicción.

Con relación a este punto, tenernos qué el artículo 475 Pr. Pn establece las facultades resolutivas del tribunal de segunda instancia, expresando: *" la apelación atribuye al tribunal, dentro de los límites de la pretensión, la facultad de examinar la resolución recurrida tanto en lo relativo a la valoración de prueba como de la aplicación del derecho".*

Lo anterior implica, que el citado precepto procesal penal permite a la Cámara examinar la sentencia tanto en lo relativo a la valoración de las pruebas como a la aplicación del derecho, enunciando de manera taxativa que su potestad, según corresponda, es para confirmar, reformar, revocar o anular, total o parcialmente la sentencia, y dependiendo de la facultad que se aplique así será la consecuencia que se genere, pues de revocarse una sentencia, su resultado es que la Cámara está obligada a enmendar el defecto de forma directa, pero si lo resuelto es la anulación total o parcial se deberá ordenar la reposición del juicio por otro tribunal, excepto que tal anulación sea declarada por falta de fundamentación, en cuyo caso, lo que procede es siempre el reenvío del proceso, pero para el mismo tribunal que dictó la sentencia.

En ese orden de ideas, y al verificar lo resuelto en el proveído de la Cámara, se pueden observar los argumentos expuestos para fundamentar la revocatoria, expresando inicialmente, que el apelante alegó como motivo, la inobservancia de las reglas de la sana crítica por omisión de medios o elementos probatorios de valor decisivo, producidos en la vista pública, refiriéndose al mismo tiempo, que la representación fiscal ha argumentado su recurso en el hecho que la jueza *A quo* aunque describió toda la prueba que fue controvertida en juicio, sólo valoró el reconocimiento en rueda de personas y que ello trajo como consecuencia una errónea valoración de la prueba testimonial y documental de cargo y de las experticias de vaciado telefónico que fueron ofertadas por la Fiscalía.

Seguidamente, el tribunal de segundo grado transcribe los argumentos de la Jueza de primera instancia para absolver a los procesados, entre los que expone dicha juzgadora: *"...no podemos tener la certeza que los señores [...], hayan participado en el hecho que se les acusa y que estas sean las mismas personas que supuestamente fueron a retirar el dinero; por lo que ante lo manifestado por la víctima y los demás testigos no se puede especular sobre la participación delincuencial de los procesados (...) por lo que ante tanta falencia (...) cabe la duda razonable respecto de esta juzgadora...."* (Sic.).

Posteriormente, la Cámara analiza los fundamentos de la absolución de primera instancia en relación a lo alegado por el representante fiscal, valorando toda la prueba aportada al juicio, concluyendo que la jueza sentenciadora se equivocó al absolver a los procesados, ya que con los elementos de prueba aportados al plenario, tanto, testimonial, documental como pericial, se podía afirmar que los procesados eran los sujetos que estaban extorsionando a la víctima clave "1216-2" y que por lo tanto, la teoría de cargo sostenida por el representante fiscal era la que tenia mayor credibilidad, considerando que la juzgadora inobservó las reglas de la sana crítica, específicamente los principios de deriva-

ción y razón suficiente, accediendo a la pretensión del recurrente, revocando la sentencia de primera instancia y condenando a los procesados.

Con lo anterior, se evidencia que el motivo de apelación que limitó la competencia de la Cámara fue la no valoración conforme a las reglas de la sana crítica, de medios o elementos probatorios de carácter decisivo, producidos en la vista pública; vicio que fue ampliamente abordado por el Tribunal de Segunda Instancia - como se ha hecho constar en la presente- advirtiendo la Cámara que el examen intelectivo de las probanzas realizado por el juzgador fue restringido, limitándose a valorar únicamente el resultado negativo del reconocimiento en rueda de personas realizado por clave "1216-2" a uno de los procesados, sin tomar en cuenta la declaración de la testigo víctima, de los agentes captores y sus correspondientes actas, así como el resultado de las experticias de vaciado telefónico.

En consonancia de lo expuesto, la Cámara decide hacer uso de su facultad resolutiva de revocar totalmente la sentencia, por considerar que ella adolece del vicio alegado, cuya consecuencia inmediata es enmendar directamente el error, lo que efectúa conforme a lo dispuesto en el Art. 475 en relación al 179 Pr. Pn.; esto en virtud de comprobarse una estructura de ideas coherentes y derivadas entre sí y que se vuelven producto de las conclusiones emanadas de la ponderación del conjunto de las probanzas producidas en la audiencia de vista pública, aspecto que es verificable en los juicios de valor expuestos por la alzada y que se constituyen en rectores del pensamiento judicial.

Por consiguiente, lo alegado por los impetrantes carece de fundamento, pues, a juicio de la Sala, la Cámara ha resuelto conforme a sus facultades resolutivas determinadas en el Art. 475 Pr. Pn., no habiéndose extralimitado en sus funciones; ni resulta quebrantado por ello, los principios de inmediación y contradicción, por consiguiente, no se configura el vicio alegado, debiéndose mantener la validez de la sentencia impugnada.

Con base en todo lo anterior, este tribunal estima que los diferentes aspectos reclamados en el motivo denunciado por ambos recurrentes, no se han configurado en el caso sub examen, por lo que no es posible acceder a las pretensiones recursivas."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 219C2016, fecha de la resolución: 27/10/2016*

## SUPRESIÓN, DESTRUCCIÓN U OCULTACIÓN DE DOCUMENTOS VERDADEROS

ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

"CUARTO. En la parte pertinente a la impugnación, el art. 286 CP tipifica el delito de Supresión, Destrucción u Ocultación de Documentos Verdaderos así: "El que en todo o en parte haya (...) ocultado un documento público (...) si de ello pudiere resultar perjuicio al Estado, a la sociedad o a los particulares".

El ocultamiento de documentos públicos típico del delito que nos ocupa, es aquél en el que el sujeto activo en forma dolosa realiza acciones mediante las cuales busca ubicar al documento público en una situación secreta para su legal detentador, es decir que la acción final del agente es impedir que éste sepa el paradero del documento, con ello le afecta la disponibilidad sobre el mismo, y le imposibilita para que pueda emplearlo conforme tenga derecho. Con esa conducta se produce afectación a la fe pública, debido a que se niega acceso a la fuente documental de la verdad, esto es, se obstaculiza la ordinaria función del documento en el tráfico jurídico, de revelar la verdad que contiene.

Analizada la documentación procesal pertinente para resolver el motivo de casación admitido, se concluye que es procedente estimar el recurso, por lo que se casará el fallo de confirmación de la condena dictada en primera instancia, y se enmendará directamente la violación de ley sustantiva en la que se ha incurrido mediante el pronunciamiento de un fallo absolutorio.

El principal argumento para anular la condena y absolver, se basa en el imperativo de hacer observar el principio de legalidad del delito en la aplicación de la ley penal. En ese orden, el hecho probado no describe acciones cometidas por el acusado que constituyan ocultación dolosa de las hojas de protocolo, ya que no ejecutó acciones que indiquen una finalidad de impedir que la notario responsable de las hojas de protocolo objeto de la acción, hiciera uso legítimo de las mismas.

Las valoraciones Tácticas e interpretaciones jurídicas efectuadas por el tribunal de apelación, se realizan considerando en forma aislada y fuera de contexto las acciones del acusado. La correcta interpretación debe considerar los hechos en su integralidad.

Al examinar el hecho en su integridad y totalidad, se observa que existían razones previas de interés recíproco entre imputado y víctima, las cuales explican que las hojas de protocolo estaban en poder del imputado para obtener la firma del otorgante de un instrumento autorizado por la víctima en el ejercicio de su función notarial.

Es así como las hojas de protocolo llegan a poder o control del acusado para cumplir un fin conocido, obtener la firma de la persona otorgante del acto notarial documentado en esas hojas. Con esa finalidad, las hojas estuvieron en poder del acusado en dos periodos distintos. […]. Ocasión en la que fue la misma víctima quien las puso a disposición del acusado. Este por su parte las devolvió al tercer día sin la firma de la otorgante del instrumento. Está claro que en este segmento del hecho no se manifiesta ningún dato objetivo que indique una acción final de ocultamiento.

Ante la necesidad profesional de la notaria víctima, de entregar ese libro de protocolo y que le fuera autorizado el siguiente, le resurge el interés de resolver el problema de la firma faltante. En el mes de […] entrega voluntariamente esas hojas a una tercera persona que actúa de intermediando con el acusado. En esta oportunidad, el imputado no recibe las hojas de protocolo porque afirmó que no estaba disponible la persona que firmaría el instrumento notarial antes especificado, por lo que según los hecho probados, las hojas de protocolo en cuestión permanecieron en poder de esta persona intermediaria por más de un

mes. En esta parte del suceso tampoco se denota una finalidad de ocultamiento reprochable al imputado. Por el contrario, es razonable, dada la responsabilidad que supone conservar ese tipo de documentos, que si lo que se pretendía era obtener una firma, y la persona que la suscribiría no estaba disponible para entonces, no había intención manifestada objetivamente del imputado de tener bajo su disposición esas hojas de protocolo.

El quince de enero de dos mil catorce las hojas son entregadas en la oficina profesional del acusado, éste no las recibió materialmente, pero a juzgar por las acciones que desarrolló después, es claro que asumió la responsabilidad de su conservación para lograr la finalidad de obtener la firma de la otorgante. Es decir, que no fue el imputado quien desplegó acciones positivas para detentar esas hojas.

Por otra parte, la gestión concreta y personal que hizo la víctima para recuperar las hojas, fue presentarse el […] a la oficina profesional del acusado, solicitando la entrega de las hojas. Sin embargo, fue una circunstancia eventual o accidental, que el acusado no estaba en ese momento en la oficina, lo que no es razonable valorar como conducta evasiva, si se considera que el colaborador del acusado, que sí estaba en la oficina, propicia una comunicación telefónica entre la víctima y el imputado, quien manifiesta que las hojas las tiene él y que ese día no está disponible para entregárselas, lo cual tampoco puede ser interpretado en el contexto de los hechos concretos que se juzgan, como una manifestación de ocultamiento, por cuanto el imputado le expresa y reconoce que están en su poder y que se las entregará en la fecha veinte de enero de dos mil catorce.

En cuanto a los sucesos desarrollados el […], la no entrega de las hojas se produjo porque el imputado requirió a la notario que le firmara un papel, que según la sentencia no se determinó qué era, ni su contenido; sin embargo, esto tampoco puede ser indicio incriminatorio de la acción final de ocultamiento, pues en ese mismo acto el imputado le expresa, que ante esa negativa, él llevaría las hojas de protocolo a la Sección del Notariado, afirmación que está acreditada incluso con la declaración del testigo […], supuesto esposo de la víctima, lo cual es significativo, porque denota que no hay una acción final de obstaculización del uso del referido documento, resultando que ese mismo día efectivamente el imputado procedió a la entrega de ese documento ante la citada oficina de la Corte Suprema de Justicia."

FALTA DE ACREDITACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS QUE PERMITAN DETERMINAR, VÍA INFERENCIAS, EL HECHO SUBJETIVO DEL DOLO O VOLUNTAD DE OCULTAMIENTO

"Con base en las consideraciones hechas, se colige que la acciones probadas al acusado en los tres segmentos en los que está desarrollado el suceso histórico, no constituye la realización de ocultamiento que tipifica el art.286 CP. Tampoco hay acreditación de circunstancias objetivas que permitan determinar, vía inferencias, el hecho subjetivo del dolo, voluntad de ocultamiento. El imputado no pretendía impedir que la víctima hiciera uso legítimo de esas hojas en el ejercicio de la función notarial para la cual está autorizada, por el contrario, en los

hechos probados siempre hubo certeza de las distintas personas (aparte de la notario) que tuvieron en su poder esas hojas de protocolo, y cuando estuvieron en poder del acusado fue para obtener la firma faltante ya especificada arriba. La valoración fragmentada del hecho probado ha contribuido a que se incurriera en el error de subsunción que se enmienda en la presente sentencia."

EFECTO: ANULACIÓN LA SENTENCIA QUE CONFIRMA LA CONDENA EMITIDA EN PRIMERA INSTANCIA

"Por lo que procede estimar el recurso, anulando la sentencia impugnada, únicamente en lo relativo a la confirmación de la condena pronunciada en primera instancia, contra el sindicado […], por el delito de Supresión, Destrucción u Ocultación de Documentos Verdaderos, previsto en el art. 286 CP, así como todo lo que derive de esa decisión; debiendo, en su lugar, absolver al referido encausado.

Si bien en el caso de mérito no se configura el delito tipificado en el citado art. 286 CP, y se exime de responsabilidad penal al procesado, licenciado […], se advierte que la conducta observada en dicho profesional del derecho, como en la ofendida […], quien también está autorizada para ejercer la función notarial, debe ser examinada por la Sección de Investigación Profesional de la Corte Suprema de Justicia, a efecto de dilucidar si incurren en algún tipo de responsabilidad administrativa; por lo que deberá certificarse lo conducente."
*Sala de lo Penal, número de referencia: 263C2015, fecha de la resolución: 11/05/2016*

## TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN DE ARMAS DE GUERRA

AUSENCIA DE VULNERACIÓN A LA CADENA DE CUSTODIA

"b) En el segundo punto aduce el imputado que en la vista pública se alegó como incidente, que no se había incorporado como prueba material ni se tuvieron a la vista, las dos granadas, y el arma, vinculadas al delito que se le atribuye, en razón a que, de acuerdo al informe de Logística de la Central de Almacenes de la Fuerza Armada, consta que estas se destruyeron accidentalmente y que, además, el fusil fue recibido sin embalaje.

Para la comprobación de la infracción denunciada, el recurrente destaca que genera duda lo establecido en la experticia realizada en dos granadas y en relación al fusil, en cuanto a que este sea el mismo que fue incautado en su momento, por la falta del embalaje.

Consignan los juzgadores, al resolver el incidente en mención, que la destrucción accidental de las granadas debido a un incendio, así como el haber recibido el fusil sin embalaje, no significa una vulneración a la cadena de custodia, estimando imperativo establecer que ciertamente debe garantizarse la cadena de custodia de toda evidencia incautada a efecto de asegurar que la que se exhibe en juicio *"... -si eso hubiese ocurrido- o en todo caso la que es sometida a*

*análisis, sea la misma que se incautó en el procedimiento respectivo...*". (sic); no obstante, esa circunstancia no se vulnera simplemente con embalar o no embalar una evidencia determinada, dado que sobre ese extremo tiene incidencia la naturaleza del objeto incautado y el propósito que se persigue en su análisis; tal como ocurre en el caso de autos, si lo que se pretendía determinar era el número de serie y otras características similares, las cuales se consignaron en el acta de detención, y permitieron individualizar las evidencias incautadas.

De ahí que el informe al que hizo alusión la defensa técnica —refieren los juzgadores- establece que dicha evidencia —fusil- proviene del área de recepción de evidencias de la División de Policía Técnica y Científica, por lo que el hecho que no se haya embalado la evidencia mientras circuló entre las distintas dependencias de la referida división, no significa que se haya vulnerado la cadena de custodia y mucho menos que, a consecuencia de ello, se tengan dudas respecto a que dicho fusil sea el mismo que se incautó en la escena del delito, por lo que declaró sin lugar la solicitud de la defensa técnica en este punto.

En cuanto a las granadas incautadas, los sentenciadores adicionan en su proveído que la accidental destrucción de una evidencia ex post análisis, como ocurrió en el presente caso respecto del primer artefacto explosivo de […]; y el segundo de iluminación calibre […]; sin número de lote y cincuenta cartuchos calibre […] no implica vulneración a la cadena de custodia, ni la inexistencia del delito.

Al respecto esta Sala, al examinar el proveído de Primera Instancia, comparte los razonamientos del sentenciador, pues, tal como lo afirma el mismo solicitante, corre agregado al proceso el informe de logística de la Central de Almacenes de la Fuerza Armada, en el que consta que las granadas se destruyeron accidentalmente; asimismo, en cuanto a haber recibido el fusil sin embalaje, ambos aspectos no determinan una vulneración a la cadena de custodia, como ha quedado establecido, en vista de lo cual se concluye que no le asiste la razón al imputado, ya que tales supuestos no afectan el derecho de defensa de este, por cuanto hay prueba documental que acredita la existencia, en ese momento, de las mismas como lo es: […]

Lo anterior se encuentra amparado por los testimonios vertidos en la vista pública, por los agentes […] perito en funcionamiento de armas de fuego del Departamento de Balística de la División de Armas y Explosivos de la Policía Nacional Civil, quien realizó las experticias correspondientes.

Por consiguiente, no se ha violentado la cadena de custodia, al haberse establecido que efectivamente se trata de armas de guerra y que estas se encuentran con la capacidad potencial de afectar el bien jurídico protegido, como es la Paz Pública, pues el imputado tenía en su poder las antes relacionadas armas, sin estar legalmente autorizado para ello; por lo tanto, se ha logrado determinar la conducta típica que determina el tipo penal perseguido, quedando desestimado lo invocado por el recurrente.

En ese orden, la Sala encuentra que no se ha materializado la infracción denunciada, ni ha existido agravio alguno susceptible de afectar sus derechos, garantías procesales u oportunidades de ejercer las acciones previstas en la ley; razón por la cual, deberá declararse no ha lugar a casar la sentencia de mérito en atención a dicha infracción."

ADECUADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE CARGO Y DESCARGO PARA ACREDITAR LA EXISTENCIA DEL DELITO Y LA PARTICIPACIÓN DELINCUENCIAL

"c) En el tercer punto, alega el imputado que la valoración de la prueba testimonial de descargo de […] el sentenciador afirmó que esta gozaba de credibilidad, sin embargo, no fue apreciado el aporte sustancial sobre el arma de fuego, uniforme militar y otros objetos encontrados.

Dentro del mismo punto, el imputado invoca que no fue objeto de valoración, el acta notarial otorgada en la ciudad de […], en donde el señor […] expone, entre otras cosas, que es militar retirado, cómo obtuvo el arma de fuego, y que residió en su casa de habitación, donde había quedado dicha arma.

Contrario a lo afirmado por el incoado, en el proveído impugnado consta lo manifestado por el A-quo al respecto: *"... En cuanto a la declaración de la testigo de descargo […] debe expresarse que su testimonio también fue rendido de manera espontánea y clara, habiendo respondido a las interrogantes de forma segura y sin ambigüedades, tampoco incurrió en contradicciones relevantes, de manera que sus manifestaciones gozaron de credibilidad ante el Tribunal...".* (sic).

Coligen los sentenciadores, que siendo el incoado el propietario y residente de la vivienda, al momento del procedimiento policial, tenía control y dominio sobre las cosas que ahí se encontraban, siendo indiferente que las habitaciones que componen la residencia estuvieran o no siendo utilizadas por otras personas que él hubiere autorizado, máxime cuando la señora […] como lo afirmó, residía en esa época en […] y la lógica indica que el propietario de la vivienda, es quien determina el uso de sus dependencias, sobre todo cuando las armas no se encontraban ocultas —según lo expuesto por el testigo […].,- sino por el contrario, algunas de ellas visibles, puesto que estaban en una esquinera de madera, lo que indica que cualquier residente debía advertir su existencia, *"... no siendo por ello lógico que el morador permanente como es el caso del acusado, pretenda alegar desconocimiento de la existencia material de dichas armas, al margen de si la habitación era la que él utilizaba como dormitorio o no...".* (sic).

Esta Sala comparte el anterior criterio del tribunal de sentencia, ya que no obstante la testigo confirmó que había residido en ese lugar en compañía de su esposo […] durante los meses de […], quien tiene calidad de oficial del ejército, mencionan los juzgadores que ella afirmó no haber estado presente en esa vivienda, desde mucho tiempo antes de la fecha en que se realizó el procedimiento y por supuesto, tampoco el día en que se llevó a cabo el mismo, por lo que deducen, que la referida testigo no puede dar fe de la condición y lugar en que fueron encontradas las armas, por residir fuera del país, ni que dicha habitación no hubiera sido utilizada durante su ausencia, para dar por sentado que la habitación permaneció en iguales condiciones en las que la dejó; tampoco determinó que el imputado desconociera las cosas muebles que se encontraban en su interior.

En conclusión, el anterior razonamiento es compartido por esta Sede, por ser pertinente y conclusivo; excluyendo la pretensión del recurrente de acreditar, con los elementos de descargo citados, que desconocía la existencia de las

armas en el interior de su vivienda, aduciendo que la habitación donde fueron encontradas, estaba destinada al uso de […], pretendiendo desvirtuar la tesis de la acusación.

Dentro del mismo punto, el imputado invoca que no fue objeto de valoración, otro aspecto periférico de acreditación, consistente en el acta notarial antes citada, en donde el señor […] expone entre otras cosas que es militar retirado, cómo obtuvo el arma de fuego, y que residió en su casa de habitación, donde había quedado dicha arma.

Se verifica en el proceso, que la referida acta notarial, se encuentra agregada a […] y fue ofrecida por […], en el Juzgado Tercero de Instrucción de Santa Ana, según escrito de fecha […]. Dicha acta contiene dos firmas y el sello de la notario autorizante, la cual fue confrontada con su original por la Secretaria de dicho tribunal, en la misma fecha.

En efecto, tal como se consigna en el acta de la vista pública a […], el imputado ofreció como prueba la siguiente: *"... declaración Jurada del señor […] con ello prueba que la arma (sic) secuestradas eran propiedad del señor […]".* (sic).

Ante el ofrecimiento de prueba hecho por el acusado, a […] se resolvió: *"... Declaración jurada de […] agregada al expediente a […] para probar que las armas militares objeto del proceso eran propiedad del señor […] NO REUNE REQUISITOS PARA SER INCORPORADO PORQUE NO ES PRUEBA ANTICIPADA..."*. (sic).

De la prueba documental de descargo, según consta a […] de la providencia impugnada, solamente se admitió el Acuerdo número […], suscrito por […] en su calidad de Director Policía Nacional Civil, en vista que el acusado lo presentó en original y la Fiscalía lo ofreció y le fue admitida una copia certificada del mismo, el resto de documentos ofrecidos por el acusado no fueron admitidos, por ser pruebas sobre abundantes, algunas impertinentes, y otras, como el acta en referencia, porque no reunía los requisitos de ley, tal como se ha relacionado ut supra.

De acuerdo a lo plasmado, y siendo criterio de esta Sala, que el método de la inclusión mental hipotética, sólo opera con elementos probatorios que han sido legalmente ofertados e incorporados al proceso, pero en el caso en estudio, la prueba en mención, el mismo tribunal señala que no fue admitida, por los motivos indicados en el párrafo anterior, en vista de ello resulta evidente que no puede ser objeto de ponderación.

Cabe reiterar, que esta Sede advierte que tanto la prueba de cargo, como la de descargo fueron valoradas y de su análisis se desprende que se tuvo un convencimiento que no dejan duda a los sentenciadores, que el imputado conocía plenamente de la existencia de las armas y de los demás pertrechos militares en la habitación donde fueron encontrados por los agentes que practicaron el registro, derivado de los suficientes elementos de convicción. Resultando, la adecuación de la conducta del encartado como partícipe en el delito, razón por la cual queda desvirtuada la falta de fundamentación invocada. En consecuencia, es inatendible su pretensión."

DEBIDA MOTIVACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DERIVADA DE LA TOTALIDAD DE LAS PRUEBAS

"Finalmente, como cuarto motivo el encartado señala el vicio de la sentencia consistente en valorar prueba decisiva que no desfiló en audiencia. El imputado afirma que en la sentencia no se hizo relación a dos actas suscritas en el interior de la vivienda donde consta su detención, el registro y allanamiento; y no obstante no encontrarse dentro del desfile probatorio, ambas son tenidas en cuenta en la valoración de la prueba, así como en la determinación precisa y circunstanciada de los hechos acreditados, lo que implica que se apreció prueba decisiva que no desfiló en el juicio, y por tanto, no podría ser considerada para fundamentar su condena.

Otro elemento de idéntica trascendencia, continúa el libelo, lo constituye la declaración del testigo […] por cuanto, en la determinación de los hechos que el tribunal determina acreditados, se establecen hechos vinculados con él, pero al relacionar la prueba que fue incorporada en la vista pública, se concluye la inexistencia de este testigo en dicho desfile. Las pruebas antes relacionadas, y principalmente las actas que justifican y prueban la existencia del registro, son determinantes y decisivas para su condena, por lo que al no existir inmediación de las mismas, no pueden válidamente justificar una sentencia condenatoria.

La Sala considera que **el motivo debe ser desestimado**, conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

En la sentencia objeto de estudio, se establece: […]

Asimismo, en los razonamientos de los juzgadores, consta: […]

Atendiendo a lo denunciado, cabe recordar que nuestra normativa procesal penal establece como sistema de valoración de la prueba la sana crítica, que otorga al juzgador la autonomía en la ponderación de cada uno de los elementos probatorios inmediados en el juicio, con el único límite de dejar constancia de ese proceso de convicción de manera razonada, lo que conlleva que en la estructura de ideas que sostengan la decisión deberán observarse los principios fundamentales de la lógica, la psicología y las máximas de la experiencia común.

En consonancia de lo anterior, es importante recordar que desde su contenido, para contemplarse como válida la sentencia penal, debe cumplir con los requisitos de ser expresa, clara, lógica, legítima y completa. Para afirmar el cumplimiento de la comentada condición de validez para la motivación de la resolución judicial, debe hacerse constar que las conclusiones fácticas sean producto de una derivación lógica de las pruebas, lo que conlleva que tanto la valoración, interpretación, fijación y adecuación de hechos, se encuentran concatenadas entre sí, a efecto que se constituya como una estructura razonada, coherente y derivada en el derecho, y responda con ello a la obligación constitucional y legal que tienen los juzgadores de motivar sus decisiones.

Esta Sala hace notar, que el recurrente alude a elementos probatorios que no fueron incorporados al debate, consistentes en las actas de registro y allanamiento, y la deposición del testigo […] sin embargo, tal afirmación carece de fundamento, ya que al analizar las actuaciones, contrario a lo alegado, se constata, que pese a que dichas pruebas no aparecen relacionadas en la fundamentación

descriptiva, si fueron incorporadas al juicio, según se consigna a […] del proceso, y valoradas de manera integral con el conjunto del elenco probatorio que ha sido relacionado.

Con lo apuntado, es posible afirmar que se cumple con una debida motivación, en virtud de evidenciarse el encuadramiento del actuar del procesado con el supuesto regulado en la norma penal, y demostrarse en la sentencia una estructura de argumentos que denotan ser expresos, claros, lógicos, legítimos y completos, por referirse al hecho y derecho; lo que permite concluir que la fundamentación deriva de la totalidad de las pruebas, de consiguiente, no procede casar la sentencia por este motivo."

RESPETO AL PRINCIPIO LÓGICO DE NO CONTRADICCIÓN AL OBSERVARSE UNA FUNDAMENTACIÓN COHERENTE Y CONCATENADA DE LAS PROBANZAS

"Como segundo motivo, los impugnantes reclaman la insuficiente fundamentación de la sentencia, al no haberse observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de carácter decisivo, Arts. 362 No. 4, 356 y 162 Pr.Pn.

La Sala considera que **el motivo debe ser desestimado**, conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

Aseveran los recurrentes que se han vulnerado los siguientes principios: Identidad, Contradicción, Tercer Excluido y Razón Suficiente.

*Identidad.* Se determina que el imputado conocía la existencia de las armas decomisadas, sin existir órgano de prueba del que se pueda extraer el dolo.

*No contradicción.* Rompe este principio, cuando le otorga credibilidad a la tesis sustentada por los miembros policiales […], para tener por establecida la tesis de la acusación y a la vez, la tesis de la defensa, con la declaración indagatoria del imputado, y con la declaración de […]

*Tercero Excluido.* Dicho tribunal tuvo por demostradas ambas tesis como verdaderas, y opta por condenar con la tesis fiscal, sin sustento alguno que desvirtuara la tesis de la defensa.

*Razón Suficiente.* Al tener por establecida la participación del imputado en el hecho atribuido, los fundamentos utilizados en los razonamientos que constituyen el fallo, no encuentran asidero para sustentar el dolo *"... que es necesario para responsabilizarlo de tal infracción penal para que sea condenado como lo determinó irresponsablemente (sic) el Tribunal Sentenciador...".* (sic), el cual interpretó que por haber anulado el fallo anterior, y haberse ordenado la realización de otro juicio, necesariamente debe de condenarse, pues la duda razonable que pudo generarse con las tesis que fueron incorporadas y deducidas en juicio, dicho tribunal la tomó para condenar, violentando a la vez el principio de inocencia, Arts. 12 Cn. y 5 Pr.Pn., que regula que en caso de duda el Juez considerará lo más favorable al imputado.

Señalando los solicitantes que: *"... El razonamiento del Tribunal Sentenciador resulta ser miope (sic) y subjetivo (sic), como parcial, pues no cuenta con los elementos suficientes y necesarios para arribar a un juicio de culpabilidad, que sea demostrable con la prueba pertinente en el presente caso..."*. (sic).

Pese al anterior planteamiento, en cuanto al primer y tercer principio, los recurrentes no logran exponer, en forma concreta e inteligible, el fundamento jurídico del vicio, requerido como condición de exigibilidad, al omitir señalar en qué sentido la sentencia impugnada ha incurrido en el quebrantamiento de los principios de identidad y tercero excluido, así como que sus argumentos conllevan a la valoración de prueba.

Igual deficiencia presenta lo afirmado respecto el principio de razón suficiente, por cuanto aluden que, a su criterio, debió haberse aplicado el in dubio pro reo. Es decir, no sólo no exponen los argumentos suficientes que ilustren a esta Sala en qué consistió dicho agravio, sino que se limitan a externar su inconformidad con el criterio valorativo expuesto en la sentencia recurrida, pero sin señalar el defecto formal que a su entender invalida el mismo.

En vista de lo anterior, esta Sede no se encuentra informada y por ende no autorizada para entrar a resolver los puntos sobre los principios alegados. No obstante lo expuesto, este tribunal estima que el único aspecto fundamentado en este motivo, es lo relativo al principio de no contradicción, el cual será abordado en los párrafos subsiguientes.

Así, en lo referente al principio de no contradicción, se advierte que los impugnantes aducen que dicho tribunal le otorga credibilidad a la tesis de la acusación y, a la vez, a la de la defensa; de acuerdo a este principio, no cabe la posibilidad que se tengan por ciertas ambas tesis de cargo y de descargo a la vez.

De esa forma, el A-quo al hacer una correlación de la prueba vertida en el proceso, expresa que los referidos testigos declararon de forma espontánea y con naturalidad, el lenguaje que utilizaron fue sencillo y claro, además, no se advirtieron ambigüedades en sus dichos, tampoco contradicciones que resulten ser relevantes, habiéndoles ilustrado de forma suficiente, sobre las condiciones en las que se realizó el procedimiento policial en el que se dio el hallazgo de las armas, razones por las que los juzgadores consideraron que los testimonios eran confiables y por lo tanto creíbles, habiéndoles otorgado fe probatoria.

Pese a lo dicho por los sentenciadores, al efectuar la valoración de la testigo de descargo […] adquiere relevancia en ese aspecto, que en la sentencia objeto de impugnación, se consigna: *"... deduce este Tribunal que la referida señora no puede dar fe de la condición y lugar en que fueron encontradas las armas el día del procedimiento, lo cual ella misma admitió expresamente, por cuanto a esa fecha se encontraba residiendo en los Estados Unidos de América; tampoco estableció que dicha habitación no hubiera sido utilizada por alguna persona durante el tiempo que ella estuvo ausente como para dar por sentado que la habitación permaneció en las mismas condiciones en que ella la dejó al marcharse, mucho menos determinó que el señor […] desconociera las cosas muebles que existieran dentro de la misma..."*. (sic).

Planteado así el punto de reclamo, oportuno es formular ciertas consideraciones en torno al principio lógico que se estima infringido, al respecto, ha de entenderse que la correcta aplicación de las reglas del correcto pensamiento humano validan el fallo, ya que permiten el estudio de la estructura de los diferentes considerandos contemplados en la resolución que justifican la decisión, es decir, posibilitan el observar si la convicción judicial, fue construida en debida forma,

en virtud de exigir dejar constancia de esa derivación lógica de cada conclusión con el desfile probatorio producido en la audiencia de vista pública, lo que implica, demostrar la razón suficiente, para el caso, de la sentencia condenatoria dictada.

A propósito de la derivación, se dice que constituye una de las directrices —junto a la razón suficiente, coherencia, identidad y no contradicción- por las cuales la fundamentación de la sentencia se considera lógica en la valoración de las pruebas y la determinación de las circunstancias fácticas. Esta debe estar constituida por inferencias que se deducen a partir de las evidencias y de la sucesión de conclusiones que en virtud de ellas se vayan determinando. En ese mismo sentido, y en atención a la ley lógica del pensamiento humano de la coherencia que contiene el principio formal de no contradicción, que prescribe*: "Dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ser ambos verdaderos"*; dicho postulado se vulnera, si se niega un hecho o se declara inaplicable un principio de derecho o viceversa, y después se afirma otro hecho, que en la motivación de la sentencia estaba explícito o implícitamente negado, o bien, se aplica un distinto principio de derecho.

En ese orden de ideas, esta Sala advierte que de las consideraciones contenidas en el proveído, y en general en la motivación de la resolución judicial, no se infringe el principio lógico de no contradicción como lo sostienen los recurrentes, pues se denota una construcción de ideas originadas de la ponderación de los elementos probatorios formada por juicios no contrastantes entre sí, que al oponerse se anulan.

Así, el tribunal de instancia, deja de manifiesto que ha otorgado credibilidad al dicho de los miembros policiales […] y al perito […] en virtud que dichas declaraciones son congruentes entre sí; quedando desvirtuado el argumento de los recurrentes sobre el cuestionamiento al valor otorgado a la testigo de descargo […] por cuanto el mismo no se encuentra sustentado en la realidad.

Es evidente que el sentenciador en la construcción de su plataforma fáctica, ha delimitado que tuvo a la vista la prueba documental y testimonial; desglosando lo que de cada elemento obtuvo, haciendo un planteamiento derivado, que lo llevó a concluir en la comprobación de ambos extremos procesales; en ese sentido, no se evidencia un quiebre lógico en sus conclusiones, como lo alegaron los impetrantes; desarrollando de esta manera el A-quo, una fundamentación coherente y concatenada de las probanzas; siendo que esta no aparece en ningún momento contradicha en los considerandos expuestos en la sentencia, que como resultado de los mismos, arribó a un fallo condenatorio.

Consecuentemente, la deducción del juzgador relativa a que la testigo de descargo es creíble, espontánea, coherente, pero la descarta, tiene sustento en la derivación de los medios de prueba que desfilaron en el debate, ya que con ellos se ha determinado que según el análisis efectuado, resulta con mayor peso probatorio la prueba de cargo.

Como corolario es viable expresar, que el tribunal de instancia ha dejado clara la estructura lógica de su pensamiento producto de la estimación probatoria y que sostiene la razón suficiente de su decisión. De ahí que no se puedan calificar de contradictorios sus razonamientos, como lo ha indicado la representación

de la defensa; en consecuencia, no existiendo el vicio lógico denunciado, este motivo debe ser rechazado."
*Sala de lo Penal, número de referencia: 12-CAS-2015, fecha de la resolución: 07/09/2016*

## TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN ILEGAL O IRRESPONSABLE DE ARMAS DE FUEGO

LUGARES PROHIBIDOS PARA PORTAR ARMAS

**"1-** El recurrente alega la inobservancia del art. 346-B Lit. b) CP, por estimar que en la sentencia recurrida no se ha considerado que la figura delictiva en referencia comprende las acciones de portar armas de fuego en determinados lugares proscritos en la ley, aun cuando se posea matrícula y licencia de portación; y que dicho precepto tipifica también el supuesto en el que el sujeto activo porte o tenga el arma mientras se encuentre en estado de ebriedad. Por lo que concurra uno o ambos supuestos, ya sea aislada o simultáneamente, se configura el delito acusado.

Además, alega que en el juicio de tipicidad no se aplicó el art. 62 de la Ley de Control y Regulación de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Artículos Similares (LCRAFMEAS) en la parte que expresa *"Se prohibe la portación de armas de fuego en (...) expendios de bebidas alcohólicas, cervecerías"*; así como que en el caso no tiene aplicación la excepción del art. 72 (LCRAFMEAS).

Asimismo, sostiene el libelista que con las declaraciones de los testigos […] se acreditó que el acusado […], estaba ingiriendo licor en un expendio de bebidas alcohólicas y portaba su arma de fuego, por lo que se verifican los dos supuestos descritos anteriormente de la conducta típica, referido a la portación del arma en estado de ebriedad y además en un lugar prohibido, según el art. 62 LCRAFMEAS.

Es decir, que la Cámara omitió valorar esas circunstancias y erróneamente avaló la conclusión fáctica del Tribunal sentenciador, que había establecido que la prueba producida en la Vista Pública era insuficiente para configurar el delito, pues *"no consta que estuviera provocando desorden o amenaza alguna a terceras personas en el lugar donde fue detenido"*, cuando no es una exigencia que se desprenda de la exégesis del art. 346-B Lit. b) CP.

Finalmente, expone la representación fiscal que el delito se consuma con la mera tenencia del arma de fuego con infracción del lugar prohibido por la ley, acción peligrosa en sí misma, y que no requiere que se haya utilizado el arma para que el delito se consume.

**2-**La proposición fáctica acusada es la siguiente […]

**3-**Examinado el asunto planteado, se estima que la sentencia de apelación ha incurrido en el defecto atribuido, ya que en ella se ha hecho una interpretación incorrecta del art. 346-B Lit. b) CP, al soslayar que son distintos supuestos normativos los que comprende dicho precepto; por una parte, la portación de un arma de fuego en estado de ebriedad o bajo los efectos de sustancias controla-

das y, por otro, ejecutar esa portación en un lugar en el que está prohibido por la ley; encontrándonos en este último caso frente a una ley penal en blanco, que requiere de una remisión a otra norma que determine cuáles son esos lugares donde no se puede portar un arma de fuego, y así complementar el supuesto de hecho del art. 346-B Lit b) CP. De lo cual se infiere, que en lo que respecta a la interpretación de esa norma jurídica, el fallo de apelación no le ha asignado el sentido y el alcance jurídico correcto, por no haber realizado un ejercicio de integración internormativa con el art. 62 de la Ley de Control y Regulación de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Artículos Similares, que hace alusión a: *"Restaurantes, hoteles, pensiones, bares, barras show, expendios de bebidas alcohólicas, cervecerías, billares, plazas..."*.

**4-** No obstante, se advierte que la decisión de absolución no está basada principalmente en razones de tipicidad, de interpretación de la ley penal o de su aplicación, ya que la adecuación de los hechos en el tipo viene a ser la consecuencia de un deficiente razonamiento probatorio, que provoca la violación indirecta de la ley sustantiva, puesto que la Cámara consideró insuficiencia de prueba para acreditar la naturaleza del lugar en el que se encontraba el acusado y el estado de embriaguez del mismo, como condicionantes fácticas para la aplicación del precepto penal, pues este requiere que se trate de un lugar prohibido, como ya se dijo, según se dispone en la Ley de Control y Regulación de Armas de Fuego, o bien que el sujeto activo se halle en estado de embriaguez, resultando que la prueba aportada y que ha sido valorada por el tribunal, a su criterio, no suministra los elementos suficientes sobre esos extremos."

NECESARIO ESTABLECER EL ESTADO DE EMBRIAGUEZ CON LA PRUEBA TÉCNICA PERTINENTE

**"5-**Así, en la sentencia de apelación se expresa que el fundamento de la pretensión fiscal planteaba que el imputado *"portaba un arma de fuego, en aparente estado de haber consumido bebidas embriagantes, no obstante tenia los documentos de ley para portar dicha arma de fuego, pero es de hacer notar que el lugar donde se encontraba el encartado es un lugar prohibido por la ley para portar armas de fuego, tal y como lo establece el art. 346-8 literal b) del CP".* En relación a los referidos elementos típicos, la Cámara razona que la prueba técnica pertinente para establecer el estado de embriaguez del acusado fue presentada extemporáneamente por la parte fiscal, el […], ya que el plazo de la investigación sumaria venció el […], por lo que dicha prueba no fue admitida.

**6-** No obstante esa inadmisión probatoria, se corrobora que la acusación fiscal aportó otros elementos, como la prueba testifical de […] quien dijo que el lugar donde fue capturado el imputado *"venden licor conocido popularmente como chupadero"*, vio que estaban *"varios sujetos ingiriendo bebidas alcohólicas"*, y que el imputado *"se veía en aparente estado de ebriedad"*, que estaba "ingiriendo bebidas embriagantes"; asimismo, del testigo […] quien declaró que el imputado estaba *"ingiriendo bebidas alcohólicas"* y que en el lugar en el que fue detenido *"se venden bebidas embriagantes".*

**7-** La cámara valoró esa prueba testimonial, concluyendo que con ella se acreditó "*la ingesta de bebidas embriagantes, sin estar acorde con ningún otro elemento probatorio que confirme sus deposiciones, a efecto de acreditar que el acusado anduviera en un estado de ebriedad capaz de afectar el bien jurídico tutelado por la ley"* (p.9).

**8-** A efecto de establecer la adecuación típica de esta modalidad del delito, considerando la naturaleza normativa del elemento del delito que se somete a interpretación, es válido el reenvío al art. 171 del Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial, lo cual es relevante pues de la gradualidad del estado de embriaguez que regula esta norma, se puede inferir que una persona puede haber ingerido bebida embriagante y no obstante encontrase en estado de sobriedad, lo cual sucedería cuando el nivel de alcohol en la sangre es inferior de cincuenta miligramos de alcohol por cada cien mililitros de sangre. Además, normativamente existe un estado de pre ebriedad cuando la concentración de alcohol en la sangre es igual o mayor a cincuenta miligramos de alcohol por cada cien mililitros de sangre, resultando que en estos supuestos la acción no sería típica del delito en cuestión. Lo anterior, sin perjuicio de que el estado de embriaguez para efectos del delito que nos ocupa, con base en el principio de libertad probatoria y la metodología de la sana critica, también puede establecerse por otros medios cuando se trate de un estado de embriaguez evidente, notorio, derivado de acciones externas que la pongan de manifiesto, lo cual no se ha suscitado en el presente caso, por lo que resultaba necesaria la prueba técnica pertinente.

**10-** Por consiguiente, en lo que respecta al supuesto del estado de ebriedad del sujeto activo del delito, el rechazo de la acusación obedece a insuficiencia probatoria, conclusión fáctica que está debidamente fundamentada, por cuanto la prueba testifical asevera que el acusado estaba ingiriendo bebidas alcohólicas, lo cual no supone el estado de embriaguez requerido por el tipo penal que nos ocupa."

NULIDAD POR DEFECTO EN LA FUNDAMENTACIÓN Y VIOLACIÓN DE LEY PENAL SUSTANTIVA

**"11-** Sin embargo, en cuanto al lugar en el cual se ejecutaba la portación del arma de fuego, ya que el tipo penal no es expreso en qué lugares recae la prohibición, es necesario acudir a otra norma, en este caso la Ley de Control y Regulación de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Artículos Similares, para determinar si estaba previsto como uno de los lugares que proscribe. Además. en lo aplicable al caso, debió ponderarse la declaración de los dos testigos agentes policiales que fueron contestes en manifestar que el imputado se hallaba en un lugar en el que se venden y consumen bebidas alcohólicas, punto que no fue controvertido o impugnado, contradiciendo la Cámara su propio argumento, al tener por acreditado que el imputado estaba ingiriendo bebidas alcohólicas, un lugar donde las vendían y que habían otras personas en el lugar denominado […] realizando esa misma actividad. La Cámara no retoma esos elementos probatorios para formar su convicción judicial, lo cual es válido dentro del sistema de valoración de la sana crítica, siempre y cuando el Tribunal proferente exponga

fundadamente las razones por las que desestimó dichos testimonios, que por el contrario se ha denotado que fueron concluyentes y unívocos en tales afirmaciones, no da una razón suficiente y valedera para establecer lo contrario.

**12-** Sobre este dominio, la sentencia de apelación expresa que *"No se cuenta con la inspección ocular del lugar donde sucedieron los hechos y así determinar que ciertamente existe el lugar donde sucedieron los hechos, y así determinar que ciertamente existe el lugar conocido como […], donde fue detenido el incoado y si realmente el propietario de dicho restaurante se dedica específicamente a la venta de bebidas embriagantes; además no existen testimonio de vecinos del lugar o específicamente del propietario del lugar, para que se establezca el tipo de comercio del restaurante o es decir si realmente es un establecimiento en el que se venden solo bebidas embriagantes."*(Sic). Como puede observarse, el tribunal de segunda instancia exige una mayor actividad probatoria para obtener más datos corroborativos, pero no explica porqué los elementos con los que se cuenta no tienen la fuerza conviccional suficiente para acreditar que el sindicado fue detenido en el lugar que manifiestan los agentes captores, y que describen como un local en el que se venden y consumen bebidas alcohólicas; lo cual constituye un defecto de fundamentación y una violación indirecta de la ley penal sustantiva, que habilita la anulación del proveído.

**13-** Es oportuno agregar, para una mejor comprensión de la exégesis del tipo penal en comento, que el argumento jurídico de la Cámara que expresa : *"aunado a ello, no obstante el arma la portaba el encausado en su cintura, no consta que estuviera provocando desorden o amenaza alguna a terceras personas en el lugar donde fue detenido"*, lo cual constituye una interpretación errónea de la ley aplicada, puesto que el delito se consuma con la mera tenencia en las circunstancias, estados subjetivos y lugares que determina la tipicidad del art.346-B Lit. b) CP, por lo que no requiere que el arma haya sido utilizada de alguna forma, o como lo expresa la sentencia que el sujeto activo realizara desorden o amenazas a terceros."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 283C2015, fecha de la resolución: 26/07/2016*

## TESTIGO CRITERIADO

ASPECTOS JURISPRUDENCIALES

**"Número 1.-** En virtud del principio de prelación, se comenzará abordando los motivos referidos a defectos de procedimiento para proseguir con los vicios de errónea aplicación de la ley sustantiva. Procede entonces ingresar al análisis de los motivos admitidos al licenciado [...], defensor del imputado [...], iniciando con el referido a la inobservancia de las reglas de la sana crítica en relación a la *"valoración de las declaraciones de coimputados".*

**1.1.-** En lo medular, el gestionante sostiene que existe una *"pauta de la sana crítica fundamental para valorar las declaraciones de coimputados es que su dicho sea corroborado* por *un medio de prueba distinto, específicamente en lo*

*relativo a la incriminación o a la atribución de participación delincuencial que realiza en contra de otra persona" (sic),* citando resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en una sentencia contra el Estado salvadoreño) y el Tribunal Constitucional de España, los que establecen la necesidad de corroboración del dicho de los coimputados por otros datos externos y advierten que ésta no puede ser la única prueba de cargo para fundar una condena.

Además, el litigante señala que el motivo de apelación planteado estaba orientado a la falta de corroboración objetiva del dicho de los coimputados específicamente respecto a la incriminación del procesado [...]. No obstante, dice el recurrente, la Cámara se pronunció sobre la admisibilidad en general de las declaraciones de los coimputados, punto distinto del que él reprochaba, y a la vez se refirió globalmente a las asistencias judiciales recíprocas y otros elementos que robustecían la declaración de los coimputados, pero no aclaró cuáles confirmaban directamente la incriminación de su patrocinado. Concluye señalando: "En *síntesis, infringiendo las reglas de la sana crítica, la sentencia de apelación da por "corroborada"* la *incriminación de los coimputados hacia mi defendido sin individualizar cuáles son los elementos de juicio objetivos, externos* o *ajenos a la propia declaración de los coimputados que supuestamente contiene dicha corroboración" (sic).*

Ahora bien, más que una infracción a las reglas del correcto pensamiento humano, lo que sugieren los alegatos antes enumerados es que la motivación de la Cámara en torno al reclamo de falta de corroboración del dicho de los coimputados fue incompleta y limitada a un juicio genérico, por lo que sobre ese punto habrá de pronunciarse esta Sala.

1.2.- El tribunal de segunda instancia analizó la temática de la credibilidad de coimputados, incluyendo la corroboración objetiva de sus declaraciones, en los fundamentos jurídicos número 31 a 92 de la resolución impugnada. En lo medular, sostuvo que las sentencias de los tribunales internacionales citados por el recurrente no excluyen la valoración de lo vertido por un coimputado, aunque confirman la necesidad de identificar elementos corroboratorios externos a la declaración de éste, la cual no debe ser el *"único elemento que desfile en juicio"* (Consideración 41). Añade también que las declaraciones de coencartados formuladas válidas y libremente han de ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, citando resoluciones de la Sala de Casación Penal de Costa Rica (Consideración 47). Además, la sede de apelación recuerda que los delitos sometidos a su control, son figuras de "mera actividad" en las que *"el* delito *se tiene por configurado, como consecuencia de haberse acreditado las actividades que ejercían los encartados"* (Consideración 56)

A continuación, transcribe fragmentos precisos de las declaraciones de los cuatro coimputados favorecidos con criterio de oportunidad en las que se indica claramente los roles y funciones de los procesados [...] y [...], en las actividades de Tráfico Ilícito Internacional (Consideración 57 a 74). A su vez, la Cámara sostiene que no puede asegurarse *prima facie* que sea imposible corroborar el dicho de un coimputado con lo afirmado por otro o que exista una prohibición general en este sentido, en virtud del principio de la libertad probatoria, aunque subsista

la obligación de tener en cuenta el conjunto de las otras pruebas. Además, no se trata de indicios sino de medios de prueba directa, ya que a estas personas les constan los hechos por estar involucrados en ellos (Consideraciones, 79 a 86).

Finalmente, la Cámara procede a revisar la motivación analítica de primera instancia, identificando las coincidencias esenciales en lo depuesto por los cuatro declarantes con criterio de oportunidad […], sosteniendo también que existieron otros elementos que coinciden y corroboran los señalamientos de los mismos, como las asistencias judiciales recíprocas provenientes de Costa Rica y Panamá, las certificaciones de los procesos judiciales seguidos en el país, las declaraciones de los agentes policiales que realizaron indagaciones sobre la estructura delictiva y la incautación y decomiso de los bienes producto de hechos delictivos o instrumento para su ejecución.

1.3.- En las últimas décadas, ante el creciente desafió de las estructuras delictivas organizadas, la institución del "arrepentido", "colaborador de la justicia", "delator", "testigo de la Corona" o "criteriado" (como se le conoce en la práctica forense nacional debido a que es beneficiado por el "criterio de oportunidad" ofrecido por la agencia fiscal), ha sido un medio empleado cada vez con mayor frecuencia en la investigación de los delitos asociativos *(Cfr.* Sentencia de casación Ref. 218-CAS-2012, de fecha 17/01/2014).

Esta figura alude a una persona involucrada en hechos ilícitos, generalmente en el marco de un grupo o estructura, que contribuye voluntariamente al esclarecimiento de la verdad, al proveer datos que de otra manera serían inalcanzables, debido a la opacidad que caracteriza a la actuación criminal. Se reconoce que no se trata de una colaboración desinteresada, ya que casi en la totalidad de casos, recibe una sanción premial que puede radicar en la disminución o exoneración completa de la responsabilidad penal que le correspondía por su conducta en circunstancias normales, a lo que se añade con frecuencia la necesidad de recibir protección especial del Estado, ya que, al romper el vínculo de lealtad con otras personas involucradas en el delito, se expone a sufrir represalias violentas.

En diversas resoluciones anteriores, esta Sala ha tenido la ocasión de pronunciarse en relación a los declarantes que reciben criterio de oportunidad:

A) Resulta evidente que no se trata de un tercero ajeno a los hechos acusados, por lo tanto, le cabe la designación de "testimonio impropio" *(Cfr.* Sentencia de casación Ref. 297-CAS-2005, dictada el 13/01/2006).

B) El legislador no ha diseñado un mecanismo específico para la incorporación o reglas específicas de apreciación de este medio, de modo que le es aplicable el marco regulatorio de la prueba testimonial *(Cfr.* Sentencia de casación Ref. 594-CAS-2011, de fecha 13/02/2013).

C) La declaración del coimputado no es un medio de prueba prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, aunque por el conocido interés que lo caracteriza, requiere de una *"valoración exhaustiva de credibilidad"* (Sentencia de casación Ref. 218-CAS-2012, de fecha 17/01/2014 y 574-CAS-2011, de fecha 08/07/2013).

D) La coparticipación delictiva del declarante con criterio de oportunidad no es una circunstancia que lo desautoriza automáticamente *(Cfr.* Sentencia de casación Ref. 297-CAS-2005, previamente citada)."

VALOR QUE REVISTEN LOS FALLOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS PARA LA SALA DE LO PENAL

"1.4.- En la argumentación del motivo invocado, el recurrente cita resoluciones del Tribunal Constitucional de España y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo anterior, da la oportunidad de hacer alusión al valor que revisten los fallos de esas entidades para esta Sala.

En ese sentido, los conceptos expuestos en las resoluciones de los tribunales de casación penal y tribunales constitucionales de otras naciones que comparten el sistema de derecho continental vigente en nuestro país, son útiles como criterios ilustrativos para esta sede, ya que ayudan a comprender el sentido y alcance de los principios generales del derecho y de aquellas instituciones jurídicas que gozan de reconocimiento universal como la inviolabilidad de la defensa y el debido proceso, así como conocer los avances en el desarrollo de la dogmática penal en otras latitudes. También pueden gozar de este valor ilustrativo y no vinculante, los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puesto que versan sobre la protección de aquellos derechos y garantías inherentes a la persona humana que son comunes a todos los sistemas jurídicos, aunque es manifiesto que el Estado salvadoreño no es parte del sistema regional europeo.

Por su parte, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen un valor diferente y superior, ya que son de obligatorio cumplimiento para la República de El Salvador, en virtud que ésta es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuya aplicación e interpretación con efecto general y obligatorio corresponde a la referida Corte, En virtud de ello, los tribunales nacionales, se encuentran en el deber ineludible de potenciar la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por este tratado internacional, así como por la jurisprudencia de la Corte Interamericana que constituye fuente de derecho derivada del mismo instrumento internacional *(Cfr.* Sentencia de fondo en el caso la Cantuta" vs. Perú, de 29 de noviembre de 2006, párrafos 171 y 172; en el mismo sentido, CARBONELL, M., *Introducción General al Control de Convencionalidad,* Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2009, P. 67-70, disponible en http://archivos.iuridicas.unam.mx/www/biv/librosf7/3271/11.pdf, consultado el 8 de octubre de 2016)."

DICHO DE UN COIMPUTADO PUEDE SERVIR DE CONFIRMACIÓN PARCIAL DE LA VERSIÓN DE OTRO DECLARANTE EN LA MISMA CONDICIÓN

"Aclarado lo anterior, conviene hacer referencia a la consideración expuesta de la sentencia de la Corte Interamericana que el recurrente invoca y que en lo medular señala: *"Es posible afirmar la limitada eficacia probatoria que debe asignarse a la declaración de un coimputado, más allá de su contenido específico, cuando es la única prueba en la que se fundamenta una decisión de condena,*

*pues objetivamente no sería suficiente* por *si sola para desvirtuar la presunción de inocencia.* Por lo *tanto, fundar una condena sobre la* base de *una declaración de un coimputado sin que existan otros elementos de corroboración vulneraría la presunción de inocencia"* (Sentencia dictada en el caso "Ruano Torres vs. El Salvador" de 5 de octubre de 2015, párrafo 133, subrayado suplido).

Ahora bien, en sentido etimológico, corroborar significa *"Dar mayor fuerza a la razón, al argumento o a la opinión aducidos, con nuevos razonamientos o datos"* (Diccionario de la Lengua Española, XXIII Edición, Real Academia Española, 2014). También, en lenguaje jurídico, este vocablo sugiere confirmar una inferencia con otro dato que le dé fortaleza. Entonces, al formular positivamente la exigencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se comprende que la declaración de un coimputado puede fundar válidamente una decisión condenatoria siempre y cuando se vea corroborada por otros datos o circunstancias objetivas que se obtengan del elenco de evidencias.

Ahora bien, esta Sala ha compartido el mismo criterio en asuntos decididos con anterioridad, exhortando a los tribunales de instancia a realizar una labor analítica activa para determinar los demás elementos que corroboren el dicho del coimputado (Cfr. Sentencia de casación Ref. 218-CAS-2012, de fecha 17/01/2014). Es por lo apuntado, que se sostiene que lo afirmado por los "colaboradores de la justicia" o "criteriados", es una prueba "limitada" o insuficiente por sí misma, pero que alcanza aptitud bastante para enervar válidamente la presunción de inocencia, cuando se corrobora con otros datos objetivos del material probatorio.

**1.5.-** 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).

No cabe pretender que este análisis de confirmación se realice tomando la declaración vertida por el coimputado, como si la misma estuviese integrada por varios compartimientos estancos referidos a la existencia del hecho y la participación criminal. El juicio positivo de corroboración afirmará si con los datos externos, la declaración resulta creíble o no.

Además, resulta sensato no imponer parámetros abstractos de aplicación general, ya que corresponde a los tribunales de instancia, haciendo uso de su potestad de valoración probatoria y del principio de inmediación, los que diluciden en cada asunto concreto si se ha logrado alcanzar este grado de «corroboración mínima".

Ha sido objeto de amplio debate, si las afirmaciones de un coimputado pueden servir de corroboración del dicho de otro coimputado. Al respecto, Miranda Estrampes indica que la doctrina y jurisprudencia española ha tendido a negar esta posibilidad; por el contrario, la doctrina italiana ha venido acogiendo como plausible la denominada *"ríscontro incrociato"* o verificación cruzada de los testimonios impropios *(Cfr.,* MIRANDA ESTRAMPES, M., "La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC (radiografía de un giro constitucional involucionista)", en *Revista Xurídica Galega,* ISSN 1132-6433, N°. 58, 2008, P. 21).

Frente a esta diversidad de criterios, esta Sala toma posición sosteniendo que el dicho de un coimputado puede servir de confirmación parcial de la versión de otro declarante en la misma condición, cuando después de realizar el análisis cauteloso e integral por parte del juzgador, se contemple que hay coincidencias esenciales entre éstos, ya que, como lo dice la Cámara proveyente, no existe una prohibición de alcance general contra esta posibilidad, puesto que así se desprende de los principios generales que informan la prueba en materia penal como la libertad probatoria y la búsqueda de la verdad real. No obstante, esta corroboración será todavía incompleta, pues aún resulta necesario que el juzgador analice los demás componentes del elenco probatorio, para obtener otros datos externos que refuercen la veracidad del dicho de los coimputados.

La justificación de lo anterior se comprende al reparar que la secretividad o "ley del silencio" impera dentro de las estructuras delincuenciales, particularmente las que se dedican a hechos ilícitos transnacionales, es decir, aquellos que se ejecutan en el territorio de varios países (Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, M., "Los delitos transnacionales", en Revista *Ámbito Jurídico,* Rio Grande de Sul, Año XIII, N. 79, agosto de 2010, consulta en el sitio: http://wwvv.ambito-iuridico.com.brisitefindex.pho?n link=revista artiqos leitura&artiqo id=8101), En muchas ocasiones, solamente las personas previamente involucradas en una estructura delictiva pueden esclarecer aspectos de la vida interna de la misma, señalando las actividades ilícitas realizadas y las personas que participaron en éstas, dado que en el ámbito delincuencial no se acostumbra, por obvias razones, llevar libros de actas o registros de afiliados consignados de manera escrita, como ocurre en las entidades de propósito lícito. Además, ciertamente no se trata de elementos indiciarios, sino de órganos de prueba con conocimiento directo de la conducta punible.

Entonces, aunque siempre deba acudirse al análisis del resto del material probatorio para obtener datos externos que sirvan como elementos de corroboración al dicho de los "colaboradores de la justicia", no cabe duda que resulta conforme a la valoración global del acervo de evidencias que es exigida por las reglas de la sana crítica, destacar la coincidencia y concatenación de estas deposiciones así como la ausencia de contradicciones insalvables, tanto en relación a los hechos ilícitos como a la identidad de los intervinientes en la conducta punible, sabiendo que este último aspecto que puede ser de dificil conocimiento por la clandestinidad de las organizaciones criminales. Por supuesto, también debe el juzgador resaltar lo opuesto, esto es, si hay hondas divergencias e incoherencias en los declarantes con criterio de oportunidad, con los efectos consiguientes."

FALENCIA DE MOTIVACIÓN EN LA CÁMARA NO PROVOCA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN, CUANDO ES POSIBLE ENCONTRAR LOS FUNDAMENTOS DE LA MOTIVACIÓN INTELECTIVA AL REVISAR LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

"1.6.- El recurrente ha planteado que la Cámara no expresó cuáles eran los elementos específicos que corroboraban la incriminación formulada por los coimputados en contra del procesado [...], pese a que éste era el punto reclamado en apelación, y en su lugar, para evadir la cuestión planteada se refirió de manera general a la admisibilidad de los declarantes coimputados y aludió en forma global e imprecisa a ciertas probanzas como elementos de corroboración.

Las referencias de la Cámara a los aspectos generales de la figura del declarante con criterio de oportunidad no constituyen una forma de evadir el control de la cuestión planteada en alzada, ya que el licenciado [...] había alegado entre otros aspectos, que la decisión de primera instancia omitió abordar la condición de los cuatro coimputados y la limitada fiabilidad de los delatores, ya que sólo se les mencionó como "testigos". Era necesario, entonces, aclarar la naturaleza de los declarantes con criterio de oportunidad y la circunstancia que aunque les es inherente haber realizado conductas delictivas anteriores, esto no les privaba automáticamente de fiabilidad, pero si exige buscar corroboración a su dicho, tal como lo hizo la sede de alzada.

Además, el otro aspecto medular sometido a control de la Cámara en virtud del motivo de alzada del licenciado [...], señalaba que "las supuestas corroboraciones" enunciadas en la sentencia de primera instancia eran datos relativos al hecho punible como lugares, fechas o cantidades de dinero, pero no se referían a confirmar la incriminación hacia el imputado [...], realizada por el dicho de los coimputados.

Ahora bien, como ya se explicó, el análisis de las afirmaciones de pluralidad de coimputados siempre habrá de realizarse con cautela, constatando si hay concordancia o divergencia entre las diversas deposiciones y sin dejar de lado el examen cuidadoso de los demás elementos de convicción, Aplicando esta máxima al asunto concreto la Cámara proveyente observó que había una notable coincidencia y falta de contradicciones insalvables en las incriminaciones realizadas por los cuatro coimputados, lo cual viene a configurar una inferencia que no puede ser ignorada por la labor analítica activa que se espera del operador judicial, siendo uno de estos puntos de coincidencia que el procesado [...], tenía una labor importante dentro de las actividades de la organización criminal que dirigía el imputado [...], a la que todos los declarantes habían pertenecido (Consideración 87).

No obstante, debía dejarse constancia de los elementos externos al dicho de los coimputados que corroboraban "mínimamente" lo depuesto por éstos de forma concordante y no contradictoria, pero como se explicó *supra,* esta corroboración no requiere ser plena en cada una de las afirmaciones que éstos hayan aseverado ante el juzgador, sino que basta que puede tratarse de toda circunstancia o dato que dé consistencia e indiquen la veracidad objetiva de lo depuesto por los coimputados.

No puede negarse que el colegiado de alzada fue genérico en su juicio en torno a determinar los elementos o datos de orden corroboratorios, al hacer

una mención global de las probanzas y luego derivar que éstas “en su mayoría” corroboraban el dicho de los cuatro coimputados. En verdad, al leer la Consideración 91 de la resolución objetada, la Cámara sostiene de el dicho de los coimputados se ve confirmado por las “pruebas documentales, periciales y de incorporación urgente”, existencia de objetos incautados y decomisados, y las “asistencias judiciales recíprocas” provenientes de las Repúblicas de Costa Rica y Panamá.

Para esta Sala, el colegiado de apelación fue bastante breve en el abordaje conclusivo de este punto, no obstante, hizo un esfuerzo por enunciar los elementos más contundentes en el resto del material probatorio que tenían sentido corroboratorio a los puntos de coincidencia de los dicentes con criterio de oportunidad, que la Cámara ya había identificado; por ejemplo, las referidas asistencias judiciales recíprocas provenientes del extranjero y los otros procesos judiciales celebrados en el país que el colegiado de apelación indicó que reflejan de manera “sustantiva” la veracidad de lo vertido por los órganos de prueba ya mencionados.

**1.7.-** Aun así, para dar exacta respuesta al aspecto alegado en apelación por el licenciado [...], era conveniente hacer una breve alusión a aquellos elementos externos al dicho de los coimputados que se referían específicamente a la conducta atribuida al procesado [...], según constaba en el análisis de los juzgadores de primera instancia, aunque sin necesidad de reiterar los fundamentos del proveído emitido por el Tribunal de Sentencia.

Entonces, la motivación del tribunal de apelación tuvo limitaciones en el abordaje de este aspecto de queja, ya que reflexionó con detenimiento sobre la notable coincidencia mutua de los dicentes con criterio de oportunidad, pero fue muy genérica en la explicación de los elementos o datos de corroboración externa, pese a afirmar con claridad que éstos existían y que por ende, los testimonios vertidos por las dicentes con criterio de oportunidad eran sustancialmente creíbles, además de detallar dificultad planteada en los delitos de mera actividad (como son los acusados), para escindir o desvincular la actividad realizada del sujeto al que se le atribuye, al contrario de los delitos de resultado.

Sin embargo, no toda falencia de motivación genera la nulidad de la resolución jurisdiccional, ya que debe ser evaluada a la luz de los principios que disciplinan esta sanción procesal y que en especial impiden decretarla de manera automatizada, puesto que si se ha identificado un razonamiento incompleto o limitado, pero aún de anularse y ordenarse la reposición es previsible que se arribe a un mismo resultado, no existe interés para anular.

Para esta Sala, cabalmente esto acontecería en el punto que se viene abordando, pues al revisar la decisión de primera instancia (que sería el objeto de control de un eventual nueve examen de la alzada), se encontraría que en los fundamentos 915 a 955 de la motivación intelectiva de dicha sentencia; se plasmaron con claridad juicios en torno al valor de elementos objetivos extraídos del resto del plexo de probanzas, que avalaban la veracidad de los dicentes antes mencionados.

**1.8.-** En particular, la motivación de primera instancia sostuvo que existían los siguientes elementos corroboratorios en cuanto a la incriminación contra el procesado [...]:

a) Que existía comunicación entre el teléfono celular del imputado [...], señalado como dirigente de la estructura delictiva por los coimputados, con los dos teléfonos celulares Blackberry pertenecientes al imputado [...], según pericia de vaciado, así como ampliación de análisis físico de teléfonos; a su vez, análisis de bitácoras y cruce de llamadas muestra contacto frecuente otras personas también procesadas en esta causa;

b) Que se acreditaron conversaciones por el sistema Blackberry Messenger entre el teléfono del imputado [...], con login "LEXUS" y el teléfono del imputado [...] con login "CHERO", incluso en el momento que se estaban ejecutando las órdenes de detención para advertirse de éstas y con anterioridad en relación que a un vehículo al que la Policía le había encontrado un compartimiento bajo el asiento.

c) Que según dictamen de análisis de espectrometría de iones, tres vehículos, uno propiedad del sindicado [...], y dos que aparecían inscritos a nombre de los hijos de éste, estuvieron en contacto con droga cocaína y que los vehículos de los parientes del imputado, fueron ubicados en la casa de [...], (otra identidad del mismo procesado) en la Residencial [...].

d) Que existen un informe de movimientos migratorios del procesado emitidos por las autoridades correspondientes de El Salvador reflejan frecuentes salidas hacia Guatemala, y los mismos informes de las autoridades competentes de Guatemala, reflejan salidas hacia El Salvador, Costa Rica y Panamá, tanto con su nombre verdadero como bajo la identidad falsa de [...].

f) Que existen depósitos de Westem Union desde varios países centroamericanos por personas que los coimputados señalaron como parte de la estructura y las operaciones de transporte de droga.

g) Que la asistencia judicial de la República de Guatemala así como un poder notarial incorporados como evidencia documental, corroboran la información que el imputado [...], utilizaba identidades falsas en aquel país, incluyendo el nombre de [...], con el cual había otorgado un poder notarial para utilizar el vehículo placas […], así como la exacta coincidencia de la imagen registrada con la imagen del documento único de identidad de [...], con el documento personal de identidad de la República de Guatemala, a nombre de [...].

h) Que la misma asistencia judicial contiene las verificaciones de la existencia los inmuebles mencionados en la declaración del testigo [...], como puntos de trasiego de droga.

Entonces, dado que los Jueces de Sentencia plasmaron una serie de consideraciones específicas respecto a las circunstancias y datos de corroboración objetiva la declaración de los coimputados, un eventual nuevo examen de la impugnación en alzada no derivaría en un resultado distinto. Por lo apuntado, el motivo debe ser desestimado."

SENTIDO Y ALCANCE DE LOS CONCEPTOS DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y CARGA DE LA PRUEBA

"Número 2**.-** Corresponde ahora analizar la queja del licenciado [...] relativa a la falta de fundamentación en la valoración de "indicios" de corroboración a la

incriminación del procesado [...], *"debido a una inversión de la carga de la prueba violatoria* de la *presunción* de *inocencia"* (sic).

2.1.- En lo medular, el recurrente contextualiza el reclamo invocado, señalando que al plantear el recurso de apelación indicó una serie de omisiones en la valoración de elementos de "supuesta corroboración" del dicho de los coimputados, ya que él cuestionó que no se habían considerado las fechas de los eventos narrados por los testigos con criterio de oportunidad y las fechas en que ocurrieron las circunstancias externas valoradas *como corroboratorias y sugirió explicaciones alternativas a cada uno de estos datos. Asimismo, expresa que la atribución de un sentido de corroboración a los referidos elementos* "refleja un desconocimiento del carácter derrotable de los criterios de la experiencia común, de modo que una suposición basada en la experiencia puede ser refutada simplemente con la evidencia de que existe una explicación plausible alternativa, que no haya sido descartada mediante la prueba de la acusación" (sic).

Según argumenta el litigante, al responder esta queja la Cámara aplicó indebidamente el "principio de carga dinámica de la prueba" sosteniendo que el imputado [...], estaba en *"mejor posición objetiva"* de probar la afirmación que su comunicación y otros datos que lo vinculaban con los imputados eran consecuencia de amistad y negocios lícitos, y además sostuvo que el dato referente a los traspasos de vehículos entre el imputado [...], y otros sindicados era confirmado por los mismos coimputados, cuando estas deposiciones eran a su vez corroboradas por este mismo dato. El litigante concluye que la Cámara *"evadió controlar los vacíos racionales de los criterios de experiencia"* utilizados para fundar la condena del procesado [...].

**2.2.-** En la apelación, el postulante se refería a diversos datos identificados por el Tribunal de Sentencia en carácter de corroboraciones del dicho de los coimputados, entre los que enumeraba la comunicación telefónica sostenida por el imputado [...], y el encartado [...], el contacto con droga en un vehículo del imputado [...], y dos automotores de los hijos de éste y la misma situación identificada en el dinero que le decomisaron al momento de su detención así también documentación que acredita depósitos bancarios y traspasos de vehículos que otros procesados realizaron a favor de su defendido, los que habían sido apreciados de manera insuficiente; ya que no se consideraron las fechas precisas en que ocurrieron estas circunstancias para ver si coincidían con los hechos acusados, a lo que añade aseveraciones fácticas alternas como la compatibilidad de la comunicación con "amistad o negocios lícitos" de su patrocinado o que los automotores de los hijos del sindicado fueron usados autónomamente por éstos.

Al abordar las explicaciones alternas ofrecidas por el defensor respecto a estos datos, el tribunal de segunda instancia sostuvo que si una de las partes realiza una aseveración se autoimpone la carga de demostrarla, lo cual no genera una infracción la presunción de inocencia o inversión de la carga de la prueba, sino que deviene de la carga dinámica de la prueba. Reafirma el colegiado de alzada, que solo la acusación tiene que demostrar los extremos del binomio procesal penal pues el acusado "no debe probar su inocencia", conforme a la garantía constitucional de presunción de inocencia, pero si otros hechos que le beneficien y que esté en mejor posición de probar.

Frente a la carga del fiscal para probar los hechos acusados, cuando *"el imputado o defensa hace afirmaciones propias, en cuanto las haga, le corresponde probar esos hechos y circunstancias que afirma por* cualquier medio legal de prueba, *y respecto de esos hechos* afirmados *por* la defensa, la fiscalía no tiene carga de la prueba, sino que corresponde a la defensa que es quien afirma demostrarlos" *(Consideración 197) sobre todo si se trata de "hechos del conocimiento propio de* la parte que *lo* hace" *o que está en mejor condición de probarlo (Consideración 195). Nota la sede de alzada que el licenciado [...] está planteando una hipótesis alternativa a la acusación para interpretar* en *sentido opuesto al Tribunal de Sentencia, ciertos datos del material probatorio, pero no hace el esfuerzo de demostrarla.*

Además de estas consideraciones generales, el tribunal de segundo grado da ejemplos específicos de aplicación de este criterio señalando que, si la comunicación del imputado [...], con otros sindicados es consecuencia de negocios lícitos, era la defensa la que se encontraba en mejor posición de acreditar cuáles eran estos negocios lícitos.

**2.3.-** Conviene exponer brevemente el sentido y alcance de los conceptos de presunción de inocencia y carga de la prueba.

La presunción de inocencia implica que el imputado goza de un estado jurídico de inocencia mientras se emite *una* resolución definitiva en tomo a su responsabilidad penal, de modo tal que debe recibir del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada. Además, esta garantía constitucional requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de prueba más allá de toda duda razonable de su culpabilidad, en un proceso disciplinado por los derechos y garantías constitucionales.

En lo concerniente a la carga de la prueba, cabe mencionar que ésta es una regla de juicio *que* establece la autorresponsabilídad de las partes para demostrar los hechos que sirven de sustento a sus alegaciones, por lo que también se le define como exigencia del propio interés. De esta noción general se deriva el concepto de carga dinámica de la prueba que, tal como lo resume la sede de alzada, implica esencialmente *que* quien está en mejor posición objetiva de probar un hecho ha de aportar elementos para demostrarlo en el proceso o de lo contrario sus pretensiones se verán sin sustento probatorio con la consiguiente imposibilidad de acreditar el supuesto fáctico alegado.

En virtud de la presunción de inocencia, se reconoce que el imputado no tiene la carga de demostrar el estado de inocencia, por lo que corresponde a la acusación la exigencia de demostrar los extremos de existencia del delito y participación criminal. (Cfr. Sentencia de casación Ref. 291C2015, emitida el 09/12/2015).

Ahora bien, cuando no se está negando los extremos de la imputación, sino fundando la oposición defensiva en hechos completamente distintos, si tiene sentido sostener: *"quien pretenda acreditar un hecho en mat*eria *penal*, *debe aportar los elementos necesarios que justifiquen los extremos de su alegación"* (Sentencia de casación Ref. 303C2013, de fecha 16/03/2015), aplicándose de tal modo el concepto de carga dinámica de la prueba en el ámbito penal, pero no de manera absoluta, sino matizada por la fuerza tuitiva de la presunción de inocencia.

En ese sentido, la doctrina acepta la aplicación matizada de la carga dinámica de la prueba en sede penal, en los siguientes términos: *"A la defensa o parte acusada le corresponderá probar en su caso, los hechos impeditivos o extintivos, tales como las causas excluyentes de responsabilidad penal y las circunstancias atenuantes"* (CASADO PÉREZ, J. M., *La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño,* Editorial Lis, P. 83 y 84). Y es que evidentemente, la defensa estará en mejor condición de probar estas situaciones.

Por otra parte, cabe aludir también a la declaración de los coimputados, reafirmando que el grado de corroboración requerido no necesariamente ha de ser pleno en relación a cada proposición afirmada por los coimputados, sino una "corroboración mínima", entendida como elementos, datos y circunstancias externas que avalen la veracidad objetiva de lo depuesto por la persona favorecida con criterio de oportunidad."

AFIRMACIÓN POR PARTE DE LA DEFENSA DE CIRCUNSTANCIAS DISTINTAS A LA IMPUTACIÓN FISCAL HACE QUE OPERE VÁLIDAMENTE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

"2.4.- El postulante refiere que la Cámara proveyente evadió controlar los puntos que él había propuesto y a su vez la respuesta dada a su motivo de apelación aplicó un criterio valorativo contrario a la presunción de inocencia.

Al revisar la queja incoada en alzada en su oportunidad, se advierte que dentro de las alegaciones que el licenciado [...] había planteado en aquella oportunidad procesal, existían dos que no se limitaban a aducir omisiones o vacíos en la motivación de primera instancia, sino que pretendían introducir a la consideración de los magistrados de apelación, aseveraciones fácticas que se presentaban ausentes de sustento. La primera consistía en que la comunicación entre los diversos imputados correspondía a una relación personal de amistad y negocios lícitos. La segunda se orientaba a plantear que los depósitos bancarios y traspasos de vehículos realizados por coimputados a favor del procesado [...], eran compatibles con la prestación lícita de servicios de la empresa de transporte del mismo sindicado, y que además era una actividad lícita en sí misma.

Lleva razón la Cámara, al sostener que no es suficiente realizar un planteamiento hipotético carente de sustento para contrarrestar las conclusiones del tribunal de primer grado, sino que desde el momento que se realiza una aseveración, el impetrante debe demostrarla. Por ello, es atinado la mención a la regla de la carga dinámica de la prueba, pues al ser puntos fácticos que favorecía el interés de la parte, y al mismo tiempo tratarse de hechos que solamente la parte conoce y se encuentra en mejor posición de probar, era procedente haber ofrecido en su oportunidad elementos probatorios sobre los negocios lícitos que decía el impetrante que resultaban "razonablemente compatibles" con la comunicación y las transacciones entre los coimputados.

De suyo se infiere que el procesado estaba en mejor posición de probar, pues el ámbito de las empresas legalmente establecidas, por ejemplo, en el ramo del transporte, se llevan recibos, bitácoras, itinerarios de ruta y contratos por escrito ya que se busca dejar registro exacto de toda la actividad realizada; a

diferencia de las estructuras delincuenciales caracterizadas por la clandestinidad y el ocultamiento de cualquier rastro del traslado de sustancias prohibidas.

Pero aún, si había perdido esta oportunidad y se consideraba necesario someter al tribunal de apelación estas aseveraciones fácticas, todavía la defensa hubiese podido exponer fundadamente sus señalamientos en el respectivo memorial, mediante otra directriz procesal que forma parte de sus posibilidades legítimas como lo es el principio de comunidad de la prueba, aludiendo al contenido de los elementos ofrecidos e incorporados por la acusación, para acreditar el postulado fáctico que estaba alegando. Repárese, por ejemplo, en los dictámenes periciales que contienen análisis de bitácoras y cruce de llamadas, así como el vaciado físico de teléfonos, y en los elementos extraídos de esta misma prueba, como las conversaciones del sistema Blackberry Messenger que se reflejan en la motivación descriptiva de primera instancia. Con la interpretación de este tipo de datos, que en su oportunidad ofreció la acusación, pero en virtud de la comunidad de la prueba estaban disponibles para ambas partes, también hubiese podido tratar de demostrar los aspectos fácticos aseverados.

No puede aceptarse válidamente la pretensión de refutar el análisis intelectivo de la sede judicial de primera instancia con cualquier supuesto o aseveración que conciba el impetrante, ya que a ningún tribunal se le puede imponer el deber de reflexionar sobre las infinitas posibilidades de la realidad, sino sobre aquellos hechos que le fueron alegados y respecto a los que existió producción probatoria.

En suma, ante la falta de esfuerzo por demostrar los planteamientos hipotéticos que afirmaban hechos alternos a la acusación, resulta acertado que la Cámara haya estimado inatendibles tales alegatos, pues este tipo de situaciones han de ser probadas por la parte que las alegue y las conozca, ya que no se trata de la negación de los extremos de la acusación (aspecto en el que nunca se requerirá prueba a la defensa forma parte de la carga del acusador), sino de la afirmación de circunstancias distintas a la imputación fiscal en las que opera válidamente la carga dinámica de la prueba sin afectar la garantía de la presunción de inocencia.

Por otra parte, el postulante reprocha una especie de razonamiento circular en la Consideración 199 de la resolución de alzada, como si ésta afirmase simultáneamente las proposiciones “el dicho de los coimputados se ve corroborado por el dato de los traspasos de vehículos” y “los traspasos de vehículos se ven corroborados por el dicho de los coimputados”. Sin embargo, al revisar el referido pasaje, en verdad lo que se explica es que frente a la afirmación del apelante que los traspasos de vehículos constituyen una actividad lícita en sí misma, se debe acotar que, en el marco de la imputación, y de acuerdo a lo afirmado por los declarantes criteriados, ésta resultaba una “actividad propia” de la estructura delincuencial.

No se trata, entonces de un razonamiento circular, sino de una observación ajustada a la lógica aunque breve y que se podría representar ampliada de la siguiente manera: (I) Los coimputados sostuvieron que dentro de las actividades de preparación del tráfico internacional de drogas se hacían traspasos de vehículos entre los integrantes de la estructura delictiva, incluyendo el proce-

sado [...]; (II) Esto implica que en el contexto de la imputación, el acto lícito de traspasar vehículos había pasado a tener un sentido delictivo, que normalmente no tiene. Desde luego, lo relevante era que existían datos externos tomados del resto del material probatorio (documentos) que demostraban que habían existido estos traspasos de vehículos, lo que vendría a ser un dato externo coincidente con el dicho de los coimputados."

FALTA DE COINCIDENCIA ENTRE LAS FECHAS RELATADAS EN QUE SE PRODUJO LA COMUNICACIÓN ENTRE LOS COIMPUTADOS, CON LA DE ALGÚN EVENTO DE TRANSPORTE DE DROGAS, NO PRODUCE NULIDAD

**"2.5.-** No obstante, cuando el recurrente señala que la Cámara "evadió" u omitió controlar ciertos puntos contenidos el motivo de alzada, lleva razón en parte, puesto que al revisar el proveído de apelación es notorio uno de los puntos alegados contra la motivación de primera instancia era que se había dejado de interrelacionar las fechas en que ocurrieron los eventos relatados por los coimputados y las fechas obtenidas de los diferentes elementos de corroboración externa. Pese a ello, la Cámara no abordó específicamente esta temática, de modo que la motivación resulta incompleta únicamente en este extremo.

No obstante, este defecto no se fulmina mecánicamente con nulidad, si se comprueba que no ha tenido incidencia decisiva en la conclusión adoptada, de suerte que en un eventual nuevo examen ésta se mantendría invariable.

Corresponde entonces revisar la motivación de primera instancia, para advertir si se contempla el yerro alegado en su oportunidad. En principio, hay que decir que el Tribunal de Sentencia llamó a los datos corroboratorios como "prueba indiciaria" o "indirecta". Vale aclarar que la construcción del razonamiento probatorio por indicios consiste en un juicio lógico critico por medio del cual se aplica una regla de experiencia a un hecho conocido, para poder inferir otro hecho hasta entonces desconocido (Cfr. Sentencia de casación 224-CAS-2007, de fecha 02/12/2012). Debe mencionarse también que, en ausencia de prueba directa, los indicios, especialmente cuando son plurales, concatenados y de sentido unívoco, pueden permitir al juzgador llegar de manera válida a una conclusión sobre los hechos acusados.

Por su parte, la corroboración de los declarantes con criterio de oportunidad es un aspecto distinto, cómo ya se explicó, que consiste en analizar racionalmente el resto de medios de prueba, a efecto de deducir si hay datos o circunstancias externas que avalen la veracidad objetiva de la deposición. Es decir, tales elementos servirían esencialmente como indicadores de la veracidad del dicho de los coimputados, sin indicar por sí mismos algún hecho objeto de la imputación.

En el presente caso, la declaración de los coimputados era la prueba directa de los señalamientos de participación del imputado [...], extrayéndose de sus afirmaciones, el modo, tiempo y lugar de las acciones atribuidas a dicho encartado, por ejemplo, los eventos específicos de transporte de droga, y así se valoró en primera instancia, sin que los datos corroboratorios tuviesen necesariamente que estar referidos a alguno de estas acciones en particular, sino a avalar la veracidad de lo depuesto por los coimputados, sin que se pueda seccionar sus declaraciones en compartimientos estancos.

Y así, aunque las fechas en que se produjo la comunicación entre los imputados [...] y [...], no coincidan exactamente con la fecha de algún evento de transporte de drogas relatado por los coimputados, pero ello resulta irrelevante, pues con tales comunicaciones no se buscaba acreditar uno de estos eventos particulares y lo mismo sucede con los demás datos enlistados por el postulante.

Lo que interesaba a efectos de corroboración, es por ejemplo, que el tribunal de sentencia acreditó que mediante el sistema de comunicación "Blackberry Messenger" , estas personas sostenían conversaciones que reflejaban una relación con el propósito de coordinar acciones delictivas v. gr. avisándose que la policía había encontrado un compartimiento oculto en un vehículo o que ya estaban deteniendo a los miembros de la estructura, lo que es un dato acorde a lo depuesto por los testigos criteriados, y al ser considerado no de manera aislada, sino en conjunto con los demás circunstancias externas y periféricas que se mencionaron en el abordaje del reclamo inmediato anterior, condujo a los Jueces de Sentencia a considerar creíbles y veraces a los deponentes con criterio de oportunidad.

Además, es incorrecto pretender el examen aislado y seccionado de cada dato, ya que debe hacerse desde una visión de conjunto, v. gr. ciertamente hubo resultado positivo a contacto de droga mediante prueba de movilidad de iones en los dos vehículos inscritos a nombre de los hijos del procesado, pero el Tribunal de Sentencia consignó que, mediante el resultado de los allanamientos, se había logrado identificar que estos vehículos fueron encontrados en la residencia personal del imputado [...], ubicada en la Residencial Primavera Uno de la ciudad de Santa Tecla.

Entonces, en el entendimiento exacto que los elementos enumerados por el recurrente no eran hechos indicadores de eventos particulares de transporte de drogas, sino que fueron empleados desde una visión integral, para corroborar la veracidad objetiva de la prueba directa que obrara en relación a estos eventos (esto es, los órganos de prueba con criterio de oportunidad), aunque la Cámara hubiese analizado exhaustivamente la cuestión de la interrelación de fechas, no es razonable suponer que se hubiese arribado a una conclusión distinta respecto a la corrección del juicio crítico de primera instancia. Por lo apuntado, el reclamo debe decaer en su totalidad."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 149C2016, fecha de la resolución: 28/10/2016*

## TRÁFICO ILÍCITO INTERNACIONAL

ACREDITACIÓN AL VERIFICARSE QUE SE UTILIZÓ EL TERRITORIO DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR COMO ESTADO DE TRÁNSITO PARA EL TRÁFICO DE SUSTANCIAS CONTROLADAS

**"1.-** La quejosa aduce que la Cámara incurrió en un vicio iudicando, al interpretar erróneamente disposiciones del Código Penal, puntualmente en lo referente al principio de legalidad y lesividad, vulnerando en su criterio garantías

del debido proceso, al modificar una sentencia debidamente motivada por el Tribunal de Sentencia de […].

Manifiesta que no obstante que el delito que se le atribuye es el de Tráfico Ilícito tal como lo relacionó el A quo en su proveído, el tribunal de segunda instancia aumenta de forma inadecuada la pena impuesta, pues, señala que fue capturada cuando pretendía salir del país, por el Aeropuerto […] Art. 33 Inc. 1° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, habiendo el Ad quem, interpretado y aplicado erróneamente el Inc. 2° del Art. 33 de la ley en comento, ya que, tal como lo relatan los testigos se le capturó tratando de salir del país transportando sustancia prohibida que le fue detectada y decomisada, lo cual en criterio de la recurrente, implica un error en el procedimiento policial, pues, a su juicio considera que lo correcto era que al descubrir que en la maleta transportaba algo oculto, le hubieran dado seguimiento, dejándola pasar los controles, visar el pasaporte y una vez completado el chequeo en el momento de conducirse a la salida de pasajeros la detuvieran como sospechosa, trasladándola al lugar donde examinarían la maleta y al confirmar el Tráfico Ilícito, se le leyeran sus derechos y se le hiciera saber que estaba detenida, pero la manera en que fue aprehendida es evidente que no salió del territorio de El Salvador y por razones ajenas a su voluntad no se cumplió su objetivo, por tanto no concurren los requisitos que exige el Art. 33 Inc. 2° de la ley especial.

En el mismo sentido, la impetrante aporta una relación sintética del cuadro fáctico del cual extrae que entró al país el […] y pernoctó en el Hotel […], y al día siguiente cuando se disponía a salir de él, en el aeropuerto mencionado previamente fue detenida por Agentes de la Policía, cuando trasportaba mercadería prohibida, indicando que al ingresar al territorio salvadoreño con la maleta no se le detectó nada ilegal, sino cuando intenta salir del mismo, antes del chequeo y visación del pasaporte, estimando lógico que esta última maleta podría no ser la misma con la cual ingresó, por tanto lo único que podía atribuírsele es Tráfico Ilícito por la transportación de la mercadería decomisada dentro del país, considerando que la modificación de la sentencia realizada por Cámara atenta contra la garantía constitucional del debido proceso.

Como puede advertirse, el defecto denunciado por la recurrente tiene a la base un error in iudicando al señalar que la Cámara de segunda instancia erró al momento de modificar la sentencia en cuanto a su calificación legal. De tal modo, que la impugnante indica básicamente el hecho de que el Ad quem, concluyó equivocadamente que el cuadro fáctico encaja en lo descrito por el Art. 33 Inc. 2 ° LRARD, y que existían elementos para acreditar la agravación especial de la disposición recientemente citada.

En el presente caso, de conformidad con los hechos acreditados que constan en la sentencia de mérito, se estableció que la imputada transportaba la cantidad de cocaína (2,935.1 gramos), que arribó al país vía aérea el día […], desde […] y al día siguiente se presentó al Aeropuerto Internacional […] portando una maleta en la cual transportaba la sustancia controlada, pretendiendo abordar una aeronave con destino final Frankfurt, Alemania y que por tal razón es aplicable la modalidad de Tráfico Internacional.

Tal circunstancia tiene fundamento en la nacionalidad y residencia de la encartada, así como el lugar donde fue detenida, datos que fueron extraídos de su pasaporte, del itinerario de vuelo respectivo y de lo declarado por los agentes captores, en donde las distintas sedes que han conocido del caso han advertido que la imputada es de nacionalidad mexicana; con residencia en dicho país, que había viajado vía aérea desde México en calidad de turista y que al reanudar su viaje utilizó el territorio nacional para el Tráfico Ilícito de sustancias controladas; hecho al que el Ad quem arribó al haber sido sorprendida en flagrancia pretendiendo abordar una aeronave con rumbo a la ciudad de Frankfurt, Alemania, por lo tanto no existe ilegalidad en la actuación judicial de la Cámara al haber tenido por acreditado que la imputada utilizó el territorio de El Salvador como estado de tránsito, para trasportar la cocaína hasta el referido país europeo, circunstancia que encaja en la figura agravada de Tráfico Ilícito y por tal razón no es procedente acceder a las pretensiones de la quejosa por el motivo aducido.

Aunado a lo anterior, puede advertirse también en el considerando referente a los hechos probados, que el descrito fue subsumible en el Inc. 2° del Art. 33 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, pues, claramente se observa del cuadro fáctico acreditado que nuestro país estaba siendo utilizado como estado de tránsito de la sustancia controlada, denotando esta Sala que fue esta tipología la acusada por la parte fiscal tal como consta a […] del proceso y en tal sentido el Ad quem al imponer la pena advierte que la conducta de la indiciada encaja en el supuesto contenido en el Inc. 2° del Art. 33 de la ley en comento, que dispone: *"Si el delito es cometido realizando actos de tráfico internacional ya sea utilizando el territorio nacional como estado de tránsito o que sea utilizado como lugar de importancia o exportación la pena aumentará en una tercera parte del máximo de la pena señalada"* (Sic.).

Sin perjuicio de lo anterior, en caso como el presente para la aplicación de la agravante especial contenida en el tipo penal relacionado supra, también es de considerar el lugar de ocultación de la droga incautada, que tiene una significación especial, a partir del cual se estima el ánimo tendencial de Tráfico Internacional, ya que la forma y el lugar de incautación revela la intención del sujeto poseedor y no ofrece dudas que la droga oculta en lugares recónditos del equipaje o especialmente habilitado para ello, son referentes del delito en comento.

En tal sentido, la recurrente parece olvidar, ciertamente, que el hallazgo de la droga con independencia de cual fuera el destino final que pretendía la poseedora de la misma, aunado al hecho que se disponía abordar una aeronave con destino a la ciudad de Frankfurt, Alemania, además, constituye una significación suficiente para enervar la presunción de inocencia junto a la posesión de la droga, pues, de los fundamentos de la sentencia no quedan dudas del porqué el tribunal de segunda instancia aplicó la modificativa de responsabilidad prevista para los casos de Tráfico Ilícito Internacional.

Asimismo, el Ad quem ha obrado dentro de un orden de valoración racional, tal como se infiere de las constancias del proveído, y la posesión fue acreditada por prueba directa al tratarse de un hecho del mundo exterior perceptible por los sentidos, aunado a ello, existe una amplia relación en la sentencia de datos, exteriores objetivos que constituyen hechos probados, los que permiten establecer

un nexo causal entre aquellos y las conclusiones de Cámara, igualmente, es importante resaltar por esta Sala, que la modalidad de posesión, lugar en que fue encontrada la droga y falta de acreditamiento del consumo, lleva a la deducción, razonable, de que la tenencia del estupefaciente encontrado en poder de la imputada no solo constituye una conducta típica de Tráfico Ilícito, sino, que a partir de los principales hechos base considerados por segunda instancia, en efecto se configura la circunstancia de Tráfico Ilícito Internacional previsto en el Art. 33 Inc 2 ° LRARD., razón por la cual resulta procedente confirmar la decisión impugnada por encontrarse está, apegada a derecho."

CORRECTA ADECUACIÓN DE LA PENA

"Conforme a lo mencionado supra, la impetrante no tiene razón, pues, debe tenerse presente que la conducta reprimida en el Inc. 2° del Art. 33 de la LRARD, utiliza un sistema diferencial de agravamiento de la pena, puesto que está configurado sobre un especial desvalor del injusto en el sentido que el tráfico de drogas tiene carácter internacional, puesto que se comete utilizando el territorio nacional como forma de tránsito, o para importar o exportar droga, y por ello, se aumenta un tercio de la pena, y en tal sentido debe partirse del límite máximo de la pena -quince años- que se convierte en mínimo, y puede llegar hasta el aumento del tercio, que serían -veinte años- como máximo; de ahí que los nuevos límites de la pena para el tráfico internacional de drogas, cuando se utilice el territorio nacional, serán de quince a veinte años de prisión.

Finalmente, los aspectos que menciona la recurren en cuanto a que hubo un error en el procedimiento policial al momento de su captura, así como el hecho de que al entrar al país con la maleta no se le detectó nada ilegal y al intentar salir al día siguiente antes del chequeo y la visación de su pasaporte es aprehendida, y que resulta lógico que esta última maleta podría no ser la misma con la cual entró; cabe señalar que tales circunstancias no pueden ser controvertidas en esta sede, porque dichos argumentos están basados en estimaciones critico-valorativas, las que se encuentran fuera del control casacional en vista de los principios de oralidad e inmediación, lo cual ha sido reiterado por esta por esta Sala en otros proveídos, para el caso el pronunciamiento bajo referencia 133C2013, de las quince horas y veinte minutos del día treinta de octubre del año dos mil trece, en el cual se dijo:

*"...con el recurso de casación no es posible verificar un examen de la sentencia penal, mediante la idea de una revaloración de la prueba, en razón de que ésta depende de forma directa de los principios de inmediación y contradicción, y aunado a esto, la competencia de casación atiende a todo lo referente a la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva o procesal".*

En consecuencia, esta Sala advierte que el defecto invocado no subyace en el fallo relacionado en el preámbulo de este proveído, por ende el mismo se mantiene incólume por no advertirse vicio de casación que declarar."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 244C2016, fecha de la resolución: 19/09/2016*

## TRATA DE PERSONAS AGRAVADA EN LA MODALIDAD DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

### CONSIDERACIONES SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

"Conforme a los términos en que fue expuesto el error de procedimiento supuestamente cometido en la alzada, es preciso abordar los siguientes temas: el instituto de la prescripción, su manera de operar frente a delitos y sanciones y finalmente, el paso del tiempo en la valoración de la prueba. Desde luego, todo éste material conceptual será aplicado al asunto en discusión.

Como punto de partida debe decirse que la acción penal es aquella que se origina a partir de un delito y conlleva la imposición de un castigo al responsable de acuerdo a lo establecido por la ley. En ese entendimiento, la acción penal conforma el inicio de todo proceso judicial y supone un ejercicio de poder por parte del Estado y un derecho a la tutela para los ciudadanos que sufren las consecuencias del ilícito. Existen diversos tipos de acción: pública, pública previa instancia particular y privada. La primera (Art. 17 del Código Procesal Penal) es aquella que puede ser ejercida de oficio, de propia iniciativa, sin necesidad de petición previa por el órgano estatal encargado de la persecución penal, esto es, el Ministerio Público Fiscal, quien se encuentra obligado a ejercerla, como consecuencia del principio de legalidad; la segunda (Art. 27 del Código Procesal Penal), el ejercicio de la acción está supeditado en su inicio a que la víctima del delito denuncie el hecho negativo; y, finalmente, la tercera (Art. 28 del Código Procesal Penal), es ejercida exclusivamente por la víctima de la infracción.

Esta acción puede extinguirse por una serie de razones, que de acuerdo al Principio de Seguridad Jurídica y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, se encuentran claramente determinadas por ministerio de ley, dentro de éstas figuran, por ejemplo, la solución al conflicto -cosa juzgada- o factores sociopolíticos, como la amnistía; en definitiva, todos estos motivos provocan la auto limitación del Estado respecto de su potestad punitiva. De acuerdo a este orden de ideas, el Núm. 11 del Art. 31 del Código Procesal Penal, contempla como uno de éstos, la prescripción.

A propósito de la prescripción, conviene decir que su fundamento radica en el transcurso del tiempo sobre los acontecimientos humanos, sin que el Estado provoque la actuación del lus Puniendi, postura que confirma la vigencia del Principio citado en el párrafo anterior, en tanto que la persecución penal de un delito no es perenne, por ello todos los delitos del Código Penal están sujetos a la aplicación de esta figura, excepto los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad. En otras palabras, la demora o la inactividad trae como consecuencia la extinción y en definitiva, la imposibilidad de asignar alguna responsabilidad punitiva al supuesto actor del ilícito.

En términos generales, la prescripción consiste en la exclusión de la pena impuesta o de la interposición de la acción penal por el transcurso del tiempo. Conforme a ello, la mayoría de los sistemas de enjuiciamiento penales distinguen entre la prescripción de la acción penal y de la pena. La primera supone el vencimiento de cierto plazo tras la comisión de la infracción constituye un

obstáculo para el ejercicio de la acción y para el enjuiciamiento. Por su parte, la segunda ocurre cuando el vencimiento de cierto plazo constituye un obstáculo para la ejecución de una condena penal.

La Sala de lo Constitucional, al respecto ha expuesto: *"El instituto jurídico en mención, supone una auto-limitación al ejercicio del ius puniendi del Estado frente al factor tiempo; pues, no es razonable prolongar indefinidamente una situación de incertidumbre acerca de una situación jurídica con- relevancia criminal. Sea ello por la existencia de un desinterés de la imposición de un castigo C011 el paso del tiempo —la tesis del olvido del hecho—, la presunción de una posterior enmienda por quien cometió el delito —la tesis que presume un cambio positivo en la personalidad del delincuente— o por la desaparición progresiva de las pruebas del delito —argumentación que se vincula con una circunstancia que afecta la posibilidad de dictar una sentencia justa—*. (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador,. a las quince horas y treinta minutos del 09/08/2013, Inconstitucionalidad referencia 23-2013)

Enfóquese ahora en la prescripción de la acción penal, la cual, como se dijo en lineas anteriores, consiste en la imposibilidad de ejercer una acción judicial penal ante cierta persona, porque ya transcurrió el plazo, es decir, el tiempo para hacerlo. Este plazo es distinto según los tipos de delitos que se trate, según lo contemplan los Arts. 32 y 33 del Código Procesal Penal.

Es posible que el paso del tiempo dificulte progresivamente la posibilidad de obtener las pruebas precisas para verificar la responsabilidad de quien ha cometido el delito, de asegurar su fiabilidad o de permitir una valoración adecuada de ellas, lo que repercute sobre un cabal entendimiento del derecho fundamental a la defensa contenido en el Art. 10 del Código Procesal Penal.

En este sentido, puede sostenerse que la prescripción encuentra su razón de ser en el *mero transcurso del tiempo"*

CORRECTA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PARA ESTABLECER LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO

"Ahora bien, precisamente sobre ese punto descansa la queja del recurrente: tanto en primera como en segunda instancia, se utilizaron "hechos" respecto de los cuales el correspondiente Juzgado de Menores ya los había declarado prescritos. Aunado a ello, la alzada erróneamente indicó que *"esa declaratoria de incompetencia no representa óbice para que elementos probatorios puedan ser analizados como corroboratorios de la conducta atribuida a la imputada"* (Sic)

De tal forma, según lo recién anotado, la Cámara encargada fue clara en indicar que su estudio versaría únicamente sobre pruebas y no de entidad decisiva, sino de respaldo respecto de los hechos que si constituían el actual objeto de controversia. En ese entendimiento, la alzada de ninguna manera ha atentado contra la seguridad jurídica e incluso contra la dignidad humana de la imputada al retomar circunstancias que han quedado fuera de juzgamiento por el mero paso del tiempo, sino que su exposición es inequívoca al indicar que dentro de su análisis podría auxiliarse de elementos de convicción.

Dichos elementos de convicción concretamente descansan en la pericia psicológica practicada a la víctima con clave "Natalia", la deposición de la víctima y las actas de recorridos policiales, pues según los recurrentes debió haberse limitado el conocimiento al hecho ocurrido en el mes de […], oportunidad en la cual la imputada […] le proporcionó a "Natalia", el número telefónico de "Beberlyn". En cuanto al empleo de estas probanzas, la alzada señalo que su utilidad descansó en acreditar la fase de agotamiento del delito, es decir, dentro de las fases de ejecución del delito se trascendió a la de consumación, pues con todos las evidencias se determinó que se estaba ante la presencia del delito correspondiente a la TRATA DE PERSONAS EN LA MODALIDAD DE EXPLOTACIÓN SEXUAL y su alcance se extendió hasta el agotamiento, que como acertadamente lo expone la Cámara "puede ser acreditado como parte de los hechos". (Sic).

De acuerdo al Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, define en su art. 3° la "trata de personas", como: *"La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación."*

Esa explotación incluirá, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita precedentemente no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios antes enunciados. La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados precedentemente; debiendo entenderse por niño para los fines del protocolo, toda persona menor de 18 años.

En efecto dando cumplimiento al citado Protocolo, la legislación penal salvadoreña incorporó en el Código Penal el delito de trata de personas en su Art. 367-B, que contempla: *"El que por si o como miembro de tina organización nacional o internacional con el propósito de obtener beneficio económico reclute, transporte, traslade, acoja o recepte personas, dentro o fuera del territorio nacional, para ejecutar cualquier actividad de explotación sexual, mantenerlas en trabajos o servicios forzados, en prácticas análogas a la esclavitud, o para extracción de órganos, adopciones fraudulentas o celebración de matrimonios forzados, será sancionado con pena de cuatro a ocho años de prisión."*(Sic)

De tal forma, esta Sala no considera que se hayan retomado hechos declarados prescritos y tampoco vislumbra una incorrección en la utilización de probanzas dirigidas a establecer la fase de "agotamiento" del delito. Ante este punto es preciso recordar que en ciertos delitos, verbigracia los permanentes, luego de la consumación formal o la completa realización de la conducta (suficiente para entender consumado el delito), hay momentos posteriores que aún pueden ser

de interés, pues dan lugar por voluntad del agente a un estado antijurídico como afectación del bien jurídico.

En conclusión, esta Sala no encuentra un quebranto a la seguridad jurídica, la legalidad del procedimiento e incluso a los principios de derivación y razón suficiente, en los razonamientos vertidos por la alzada,, pues como se dijo, las probanzas se utilizaron para acreditar la fase de agotamiento; en ningún momento se retomaron hechos ya prescritos. Por tales circunstancias, no procede hacer lugar a la petición del recurrente, debiendo, mantenerse firme la decisión que confirma la sentencia apelada."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 223C2016, fecha de la resolución: 26/09/2016*

## TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA

CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES

"1. Primer motivo: Inobservancia de los Arts. 144 Inc. 2° Cn; 346 N°7; 8.2 lit "h" CADH; y 14.5 PIDCP. En esencia el impetrante alega que la condena en segunda instancia impidió que su representado hiciera uso del recurso ordinario de apelación, pues considera que sólo a través de este medio de impugnación, podría examinarse integralmente la legalidad de dicho fallo (tanto en los hechos como en el derecho aplicado). Estima que la Cámara —en lugar de condenar- debió anular el fallo del Tribunal de Sentencia y ordenar su reenvío a un tribunal de primera instancia diferente para su reposición, pues sólo de ese modo quedaría abierta la posibilidad de utilizar el recurso de apelación; no siendo así, la condena pronunciada en segunda instancia sólo es impugnable a través del recurso de casación, el cual, tal como se encuentra regulado en nuestra legislación, está limitado estrictamente a la revisión de la correcta aplicación del derecho.

1. A Jurisprudencia de esta Sala. Primeramente, debe reiterarse la jurisprudencia de esta Sala en cuanto a reconocer que dentro de los poderes resolutivos de los tribunales de segunda instancia, se incluye la de revocar la resolución impugnada y pronunciar en su lugar la que corresponda, incluso la de controlar (a través de las grabaciones de audio o de video) si en la sentencia de primera instancia se han valorado las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica. Se ha dicho también, que el modelo de apelación penal salvadoreño da lugar a una segunda instancia, la cual si bien es cierto, no va encaminada a la renovación de la primera instancia, las Cámaras tienen amplio poder jurídico para revisar el material probatorio producido en el juicio, valiéndose de la documentación procesal existente, y cuando de pruebas personales se trate, podrán hacer uso de la grabación de audio o video del juicio (99C2012 de fecha 05/11/12; 91C2013 de fecha 24/07/13; 231C2014 de fecha 15/05/2015).

Conforme la línea jurisprudencial que se cita, desde ya, podemos concluir que en el caso concreto, no es erróneo que la Cámara haya pronunciado una condena en segunda instancia, en tanto actuó dentro de las facultades resolutivas que expresamente le señala el Art. 475 Pr. Pn., sin embargo, en torno a los

agravios que reclama el recurrente precisa resolver el asunto de si al dictar dicha condena en segunda instancia, vedó el derecho del condenado a una revisión integral de la legalidad de ese fallo (tanto en los hechos como en el derecho aplicado), el cual le garantiza la Constitución (Art.144 inc. 2°); el derecho internacional vigente (Arts. 8.2 lit "h" CADH; y 14.5 PIDCP) y el Código Procesal Penal (Art. 346 N° 7)."

CONSIDERACIONES SOBRE LA REVISIÓN INTEGRAL DE LA LEGALIDAD DE UNA CONDENA

"1. B Revisión integral de la condena según la normativa y jurisprudencia internacional. Para definir qué debe entenderse por revisión integral de la legalidad de una condena, es necesario recurrir a la normativa internacional y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En cuanto a la normativa internacional el Art. 8. 2 h) de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona inculpada de delito tiene derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. En igual sentido, el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza este derecho (recurrir) a toda persona que es declarada culpable de un delito en cualquier etapa del proceso, con el fin de proteger su derecho de defensa y evitar la firmeza de una decisión injusta, arbitraria o ilegítima.

Sobre el contenido de esta garantía (derecho a recurrir contra un fallo de condena), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha considerado que "la doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado".

(Ver Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, op. cit., párr. 158; Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit., párr. 89; y Caso Mohamed vs Argentina, op. cit., párr. 97, 98).

Asimismo, la Corte sostiene que independientemente de la denominación que se le dé a este recurso, su naturaleza debe ser ordinaria, eficaz y accesible; es decir, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio el derecho de recurrir (Ver corte IDH. Caso Mohamed vs Argentina, op. cit., párr. 99).

Y respecto del alcance de la revisión, ha señalado que, indistintamente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Parte y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, debe entenderse que "para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria" (Ver Corte IDH. Caso Mohamed vs Argentina, op. cit., párr. 100).

También la Corte ha determinado que este derecho a recurrir ante un tribunal superior "no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y emitió el fallo condenatorio o sancionatorio, ante el que la persona afectada tenga o pueda tener acceso", sino que "una verdadera garantía de reconsideración del caso será aquella que se configura ante un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece" (Ver Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú, op. cit., párr. 161).

En consonancia con las líneas jurisprudenciales antes citadas, vemos que el sistema legal de recursos salvadoreño, adopta -entre otras garantías- la doble instancia o doble grado de jurisdicción, posibilitando con ello que la sentencia dictada en primera instancia sea revisada por un tribunal jerárquicamente superior a aquel que pronunció la decisión. Véase lo dispuesto en el Art. 468 Pr. Pn. Asimismo, posibilita que aquellas sentencias pronunciadas en segunda instancia y que resuelvan un recurso de apelación, sean revisadas por el máximo tribunal en materia penal, a través del recurso de casación, según se dispone en el Art. 479 Pr. Pn.

Corresponde ahora determinar si —tal y como lo alega el recurrente en su escrito- la revisión integral de un fallo de condena sólo es viable a través de la vía de la apelación; y verificar si el recurso de casación, así como se encuentra regulado en nuestra legislación, está estrictamente limitado al examen de la correcta aplicación del derecho."

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN Y CASACIÓN

"1. C Análisis comparativo de los recursos de apelación y casación.

Causales de procedencia. En cuanto a las causales de procedencia, en principio se observa que cuando el legislador se ha referido a la procedencia de la apelación por inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal, en cuanto a cuestiones de hecho o de derecho (Art. 469 Pr. Pn.), es coincidente con las causales de procedencia de la casación en tanto que ésta también procede por inobservancia o errónea aplicación de preceptos legales (Art. 478 Pr. Pn.), siendo claro que es el término utilizado para identificar el vicio en abstracto, y que por tanto, las causales de procedencia en específico, pueden estar referidas, tanto a defectos del procedimiento que tornan nula la sentencia (incumplimiento de las formas preestablecidos para la validez de actos del procedimiento); o bien, puede tratarse de vicios propios del juicio o errores de juzgamiento que constituya injusta la decisión.( Ver Arts. 469 y 478 Pr. Pn.). Y de ahí la distinción entre "error in procedendo" y "error in iudicando" o defecto de fondo o sustancia del juicio.

Para el caso, véase que la causal de casación número 1 del Art. 478 Pr. Pn., puntualiza cualquier defecto de procedimiento que esté sancionado con nulidad (relativa o absoluta), inadmisibilidad o caducidad; coincidiendo dicha causal con los defectos de procedimiento que se autorizan para la apelación en el Inc. 2 del Art. 469 Pr. Pn., y que no hayan sido subsanados a pesar de su reclamo oportuno, o que impliquen violación de garantías y derechos fundamentales y con ello nulidades absolutas.

Asimismo, al remitirnos a los vicios de la sentencia que habilitan apelación, enumerados en el Art. 400 Pr. Pn., vemos la falta o insuficiente identificación del imputado, que es un vicio de la sentencia (error de juzgamiento) relacionado con cuestiones de hecho, al igual que la falta de enunciación del hecho objeto del juicio y la determinación de aquél que el tribunal estimó acreditado, entre otros.

Luego, al confrontar las hipótesis fácticas de los motivos de apelación con las descritas en las causales de casación (Arts. 400 y 478 Pr. Pn.), confirmamos que proceden para ambos recursos y que pueden estar referidas a cuestiones de hecho y de aplicación del derecho, en tanto para ambos recursos se incluyen vicios de la sentencia como es que ésta se base en prueba ilícita o que no haya sido incorporada legalmente al juicio; falta de fundamentación o insuficiente por infracción de las reglas de la sana crítica; inobservancia de las reglas relativas a la congruencia, en donde caben perfectamente las hipótesis fácticas de los vicios de la sentencia de primera instancia contenidas en los Nos. 3, 4, 5 y 9 del Art. 400 Pr. Pn.

Admisión de pruebas. Otra cuestión relevante que asemeja a ambos recursos es su naturaleza ordinaria, ante la posibilidad de admitir pruebas cuando el recurso se fundamente en defectos de procedimiento y se discuta la forma en que fue llevado a cabo un acto ( Ver Arts. 465, 466, 467, 472, 473, 474 en relación con el Art. 482, todos del Código Procesal Penal).

Facultades resolutivas. También es fundamental resaltar la similitud que existe en cuanto a las facultades resolutivas otorgadas a los tribunales que conocen en apelación y en casación. Véase que respecto del tribunal de apelación el Art. 475 Pr. Pn. expresa: “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 de la aplicación del derecho** (...) Según corresponda puede (...) revocar (...) En caso que proceda a revocarla resolverá directamente y pronunciara la sentencia que corresponda, enmendando la inobservancia o errónea aplicación de la ley...” [Las negrillas son nuestras y nótese que en ellas se resalta la facultad de examinar cuestiones de hecho (valoración de la prueba hecha por el tribunal de primera instancia) como de aplicación del derecho].

Y, en cuanto al tribunal de casación, el Inc. 3° del Art. 484 Pr. Pn. dispone: “... Si se declara admisible, en la misma resolución se pronunciará sentencia enmendando la violación de la ley **o, cuando sea imposible repararla directamente**, anulando total o parcialmente la sentencia o el auto impugnado y ordenando la reposición...” (Las negrillas son nuestras).

Nótese que, respecto de las facultades resolutivas del tribunal de casación, el Inc. 3° del Art. 484 Pr. Pn. determina que si declara admisible el recurso, como regla general establece que en la misma resolución (pronunciará sentencia enmendando la violación de la ley (entendida en su sentido amplio, es decir, tanto de naturaleza procesal como sustantiva), siempre que sea posible; su reparación por el tribunal de casación; y como excepción a dicha regla se dispone que —cuando sea imposible repararla directamente-, deberá anularse total o parcialmente la sentencia o el auto de segunda instancia ordenándose su reposición con el reenvío correspondiente; de manera que, también en casación la regla

general será que el tribunal de casación enmiende directamente la violación de ley reponiendo lo anulado — siempre que esto sea posible; es decir, cuando la reparación directa no implique desmedro o violación de principios y garantías fundamentales de las partes, lo cual deberá determinarse de acuerdo a las particulares características del caso concreto-, y el reenvío deberá aplicarse de manera excepcional, al igual que en la apelación (Art. 475 Pr. Pn.).”

FALLO DE CONDENA EN SEGUNDA INSTANCIA NO IMPIDE SU REVISIÓN INTEGRAL, TANTO EN CUESTIONES DE HECHO COMO DE DERECHO, POR UN TRIBUNAL SUPERIOR COMPETENTE A TRAVÉS DEL RECURSO DE CASACIÓN

“Como resultado del anterior análisis podemos concluir afirmando, que acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Corte (CIDH) en materia recursiva, la normativa salvadoreña optó por un diseño de casación ordinario con amplias y similares facultades de revisión que las otorgadas a los tribunal que conocen de la apelación, previendo que en aquellos casos en que procedan a revocar la decisión de primera instancia y pronuncien en su lugar la que corresponde (absolución o condena), se le asegurara a la parte agraviada, la posibilidad de denunciar por la vía de la casación la ilegitimidad de tal pronunciamiento, sea por cuestiones de hecho como de aplicación del derecho y ante un tribunal superior que atiende las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la normativa internacional establece.

En consecuencia, esta Sala concluye, que no existe la alegada inobservancia de los Arts. 144 Inc. 2° Cn; 346 N°7; 8.2 lit “h” CADH; y 14.5 PIDCP., que reclama el impetrante, porque se ha comprobado que la regulación de ambos recursos (apelación y casación) es similar en cuanto a su naturaleza ordinaria, eficacia y accesibilidad que requiere en su jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos para hacer viable el derecho de todo condenado a que su sentencia pueda ser revisada integralmente por un tribunal jerárquicamente superior y especializado en materia penal, en cualquier instancia en que haya sido pronunciada su condena; por tanto, el hecho de que —en el caso concreto- el fallo de condena haya sido pronunciado en segunda instancia, no ha impedido que sea revisado integralmente (tanto en cuestiones de hecho como de derecho aplicado) por un tribunal competente en materia penal, jerárquicamente superior, a través del presente recurso de casación, el cual —como se dijo antes- se encuentra diseñado como un recurso ordinario, eficaz y accesible, con amplias facultades de revisión (cuestiones de hecho y de derecho).”

LEGÍTIMO EL JUICIO EMITIDO EN SEGUNDA INSTANCIA AL REVOCAR EL FALLO ABSOLUTORIO Y PRONUNCIAR DIRECTAMENTE LA CONDENA

“2. Segundo motivo: Inobservancia de los Arts. 1, 346, N° 7, inciso último, parte final y 367, Fr. Pn. Acusa que la Cámara irrespetó los principios de inmediación, contradicción y oralidad, al haber condenado sin haber examinado -directa o indirectamente- las pruebas personales producidas en juicio.

Para resolver el asunto, es preciso examinar la sentencia de segunda instancia, y en especial, la legalidad de los razonamientos que motivaron revocar la sentencia de primera instancia, así como los fundamentos en que descansa la decisión de condena.

2.-A Fundamentos de la revocatoria. Los argumentos en que aparece apoyada la decisión de la Cámara de revocar la absolución de primera instancia, en esencia son los siguientes: *[…]*

2.-B Elementos probatorios aportados en juicio. En lo medular la víctima declaró: […]

Ahora, para constatar la legalidad de la revocatoria declarada por la Cámara, examínense los razonamientos del juzgador al valorar las pruebas y las contradicciones que ésta presenta.

2.-C Valoración de las pruebas. El juzgador acerca de las pruebas expresó: […]

2.-D Conclusiones de esta Sala. De las anteriores transcripciones resulta patente la falta de justificación de la absolución pronunciada en primera instancia, ya que existe una manifiesta incoherencia entre lo manifestado por el juzgador en cuanto al conocimiento y valoración de las pruebas, y el juicio expresado a la hora de aplicar el derecho; es decir, el juzgador a la hora de aplicar el derecho omitió tomar en consideración circunstancias relevantes de aquel material probatorio al que le dio plena credibilidad, en relación con actos específicos que realizó el imputado […] concluyendo que su comportamiento no se adecua a la de un coautor ni a la de un cómplice, porque se ha tenido como única prueba la circunstancia de haberle encontrado en su poder la navaja momentos después de consumado el robo, lo cual es falso porque —como se dijo antes- la víctima aseguró haber visto a […] -en el lugar- esperando a […] yéndose después juntos a bordo de una bicicleta, versión que aparece corroborada con el testimonio de los captores, sumado al hecho de que consta dentro de las pruebas que la víctima reconoció, inmediatamente y en el sitio, tanto a los dos imputados como la navaja utilizada en la ejecución del robo, la que a su vez, fue encontrada en poder de […]

De manera que, si el juzgador afirmó en su resolución haberle dado credibilidad a las pruebas por ser éstas coherentes y concordantes entre sí, teniendo por verdad lo declarado por los testigos, faltó al principio de no contradicción y al deber de motivar sus decisiones, en tanto pasa por alto valorar las contradicciones que presenta la versión brindada por el imputado […] la que a su vez no encuentra confirmación con el resto de pruebas que obran dentro del proceso, y en ese sentido, es válido que la Cámara haya afirmado que el juzgador incumplió con las reglas de la sana crítica.

Es fácil concluir que el juzgador erró al omitir las circunstancias fácticas que se señalan, en tanto se trata de hechos probados, puesto que afirmó haberle dado credibilidad al testimonio de la víctima y si le mereció credibilidad tuvo necesariamente que razonar el por qué no tomó en cuenta la totalidad de su testimonio, no obstante, constituir aspectos fundamentales de su decisión, pues la única premisa en que aparece fundamentada la absolución, es que “el sólo

el hallazgo de la navaja en su poder, no acredita su participación en el delito de robo", descartando otras circunstancias fácticas —sin justificación- como es el hecho de que […] fue visto por la víctima en el lugar (a dos metros) y en el momento en que […] le quitó su celular, observando que ambos sujetos se retiraron del lugar a bordo de una bicicleta, y que además su versión fue corroborada —en su totalidad- por los agentes captores.

Consecuentemente, esta Sala logra corroborar la legitimidad de la revocatoria dictada por la Cámara, porque se ha podido verificar que el juzgador obvió revelar la razón que motivó el haber omitido tomar en cuenta las cuestiones fácticas válidamente acreditadas en el juicio que se han dicho antes; y de otro lado, se confirma que erró al no realizar una adecuada subsunción de los hechos en el derecho, y en ese sentido, se concluye que es legítimo el juicio emitido por la Cámara al revocar el fallo de absolución y haber pronunciado directamente la condena en segunda instancia, en tanto, esta Sala comparte el juicio de la Cámara en el sentido de que el hecho de que […] estuvo presente en la escena del delito esperando a […]., con quien huyó del lugar a bordo de una bicicleta; y momentos después, ambos sujetos son capturados, encontrándole a […] la navaja que utilizó […] para intimidar a la víctima y lograr la sustracción del celular, son circunstancias que encajan en la figura de un coautor del delito de Robo."

AUSENCIA DE INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN DE PRUEBA AL FUNDAMENTAR EL FALLO EN LAS MISMAS CIRCUNSTANCIAS FÁCTICAS QUE DESFILARON EN PRIMERA INSTANCIA

"Nótese además, que la Cámara no ha tenido necesidad de la reproducción de lo ocurrido en el juicio a través de la grabación del mismo, en tanto que de la sentencia de primera instancia es fácilmente advertible cuales son los hechos y circunstancias que se extraen de las pruebas y de las cuales no consta argumento alguno que haga dudar de la credibilidad que el mismo juzgador le dio al conjunto de pruebas, y en ese sentido, no encuentra esta Sala que la Cámara haya infringido el principio de inmediación de las pruebas, porque su fallo ha sido fundamentado en las mismas circunstancias fácticas que se extraen de las pruebas desfilaras en primera instancia; sumado al hecho de que se desconocen circunstancias particulares del comportamiento de la testigo víctima que hayan sido exteriorizadas por el juez de primera instancia y que hayan generado falta de credibilidad en su testimonio, sino por el contrario, como se dijo antes, al juzgador le mereció credibilidad; en consecuencia, no existe violación de los principios de inmediación, oralidad y contradicción, que aduce el inconforme, en tanto, que la Cámara se limitó a revisar la calidad y legalidad del juicio realizado por el de primera instancia y conforme a las facultades que le otorga el Art. 475 Pr. Pn., reparó directamente la violación de ley y pronunció el fallo correspondiente.

Finalmente, se constata que el contenido de la sentencia de condena pronunciada en segunda instancia, cumple con los requisitos de validez que se exige en el Art. 395 Pr. Pn., en consecuencia, no hay razón para acceder a las pretensiones del recurrente por este motivo."

CORRECTA ACREDITACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DELINCUENCIAL DEL IMPUTADO

"3. Tercer motivo. Errónea aplicación del Art. 33 Pn. Se acusa que la Cámara erró al condenar a […] como coautor, porque su aporte (proporcionar la navaja, vigilar y facilitar la huida en bicicleta) no ha sido esencial en la ejecución del Robo, ya que aunque se suprimiera su conducta, el delito siempre se hubiera podido realizar, por tanto su comportamiento se adecúa en la figura de un cómplice no necesario.

No es de recibo el reclamo, porque mientras […], realizaba el delito de Robo (durante la etapa de ejecución del delito), el procesado […] le esperaba como a dos metros del lugar; y luego de que el primero despoja a la víctima de su celular, ambos se retiran del lugar a bordo de una bicicleta. Con posterioridad, al ser localizados por los policías, los sujetos son registrados, encontrándole a […] precisamente la navaja que —momentos antes- había sido utilizada por […] para robar a la víctima su celular.

Esta Sala entiende que el comportamiento de […] no se adecua a la de un mero cómplice (como lo alega el inconforme), porque su participación tuvo lugar desde el inicio de la fase de ejecución del delito hasta su consumación, advirtiéndose además, un codominio en la realización del mismo, pues si se toma en cuenta la distancia aproximada a la que se encontraba […] esperando a […] (a dos metros, según aseguró la víctima), es razonable sostener que aquél pudo observar perfectamente el comportamiento que realizaba […]., y comprender la ilicitud del mismo (tomando en cuenta que […] contaba con treinta y un años de edad, y dieciocho años de edad […],); no obstante, lo esperó y se retiró con él del lugar, a bordo de una bicicleta; y todavía más, con posterioridad, […] es capturado en compañía del joven […] encontrándosele al primero la navaja, lo cual indica razonablemente que hubo acuerdo entre ambos sujetos de intercambiar el arma utilizada para cometer el Robo, con la finalidad de lograr la impunidad de […] partiendo de la falsa idea de que la víctima sólo había logrado identificar al joven que se le acercó para quitarle su celular, no así a […] con quien se fue del lugar a bordo de una bicicleta.

De manera que, la participación del imputado […] no cabría en la figura de un cómplice (necesario o no necesario), porque no es posible descartar de su comportamiento la existencia de un codominio del hecho dentro de un plan común, que —como se dijo antes- tuvo lugar desde el inicio de la etapa de ejecución del delito hasta su consumación, incluso dentro de una fase posterior, al huir del lugar y deshacerse del objeto robado e intercambiar la navaja, con el fin de lograr la impunidad; consecuentemente, no corresponde hablar de un mero cómplice sino, del típico coautor porque su aporte objetivo (indispensable o no, pero útil, con independencia de que el plan del autor se hubiera podido llevar a cabo de otra manera) no es posible desvincularlo de su voluntad de tomar como suya la realización del robo, a diferencia de lo que sucede en la complicidad, pues el cómplice sólo quiere auxiliar al autor sin hacer suyo el resultado del delito, es decir que jamás tiene el dominio del hecho, como sí se advierte en la conducta de […]

En definitiva, no existe la errónea aplicación del Art. 33 Pn., que alega el recurrente, por lo cual deberá confirmarse la legitimidad del proveído impugnado por este motivo.

Por todas las razones que se exponen, no procede acceder a las pretensiones del licenciado […], de casar la condena pronunciada en segunda instancia, por ninguno de los motivos que impugna."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 49C2016, fecha de la resolución: 26/08/2016*

## USO DE APARATOS, COMPONENTES Y ACCESORIOS ELECTRÓNICOS Y DE TELECOMUNICACIONES EN CENTROS PENITENCIARIOS, CENTROS DE DETENCIÓN O REEDUCATIVOS

CONSIDERACIONES SOBRE EL TIPO PENAL

"1. De acuerdo al recurso presentado, la solicitante pide se revoque la resolución dictada por la Cámara y en su lugar se decrete el sobreseimiento provisional solicitado, a fin de incorporar dentro del año que establece la ley, los elementos que acrediten la existencia del delito y la participación de la imputada en el mismo.

Expresa, que el Ad quem concluyó que la imputada utilizó el teléfono celular decomisado en momento que se encontraba ingresada como paciente en el Hospital […]; aduciendo, erróneamente, que dicho nosocomio tiene responsabilidad de brindar salud integral a la ciudadanía en general, incluyendo a las que se encuentren condenadas, y que no está dentro de sus atribuciones recibir a éstas últimas para que guarden prisión formal o detención provisional en sus instalaciones.

Asimismo, manifiesta la impetrante que el tipo penal sanciona la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la Administración Pública; siendo que todo detenido o privado de libertad deberá respetar las leyes y reglamentos, para el caso, la Ley Penitenciaria, la cual en el art. 14, establece la prohibición de uso de aparatos de telecomunicación, como el de teléfonos celulares, entre otros, lo anterior en relación a los arts. 68 Nº 4 y 80 de la Ley Penitenciaria.

Expuesto el fundamento de la inconformidad, la sala estima que el motivo debe ser acogido, conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

2. En atención a lo manifestado por la recurrente, es oportuno mencionar, que se hará, en un primer estadio, el examen de tipicidad que exige el planteamiento del vicio y, posteriormente, la procedencia o no del sobreseimiento definitivo decretado por el Juez […], el cual fue confirmado por la Cámara de Segunda Instancia.

Se tiene, de la lectura de la resolución proveída por la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente, que […], el Ad quem esgrimió sus conclusiones acerca de la naturaleza jurídica del sobreseimiento definitivo, definió los elementos probatorios existentes para la etapa del proceso en curso y, finalmente, su análisis del tipo penal por el cual se procesa a la […].

Una vez analizados los fundamentos del Ad quem, esta sala estima:

El art. 338-C Pn., el cual se aduce vulnerado, dice en su texto: "El que estando detenido provisionalmente o se encuentre cumpliendo pena de prisión, en el interior de un centro penitenciario (...), utilizare cualquier tipo de aparato electrónico (...) o aparatos de telecomunicación (...) que permita transmitir o recibir señales de voz, imagen, sonidos o datos, aún si la comunicación no se hubiera establecido, será sancionado con prisión de tres a ocho años, sin perjuicio de las medidas disciplinarias que fueren aplicables.".

Tomando en cuenta el tenor del artículo, es dable advertir que el tipo penal exige que la persona que realiza la acción se encuentre en una situación particular; es decir, que quien haya realizado la conducta sancionada "...se encuentre detenido provisionalmente o (...) cumpliendo una pena de prisión...". Para el caso, la Cámara estableció que la imputada […] se encuentra interna en el Centro Penal de […], en calidad de condenada, y con una pena de prisión de cinco años, por el delito de Extorsión en grado de Tentativa, en perjuicio de la víctima […]; la cual fue impuesta por el Tribunal […]. Por tanto, la referida calidad "especial" de estar interna en un centro penitenciario en el sujeto activo se ha cumplido.

De igual forma, la norma establece como verbo rector del delito, el que "utilizare" cualquier tipo de aparato de telecomunicación que permita transmitir o recibir señales de voz, imagen, sonidos o datos, aún si la comunicación no se hubiera establecido. Al efecto, la Cámara expresó: "...Lo anterior con lo relacionado en el acta de remisión policial y el oficio número […], en el sentido que a las quince horas y cuarenta y cinco minutos del día dos de mayo de dos mil quince, […], se encontraba en el Hospital Nacional […], como encargado de custodiar a […], observándola que tenía un teléfono celular y lo utilizaba haciendo una llamada, procediendo a su decomiso y trasladándola a las instalaciones del Centro Penal, para el procedimiento respectivo".

SITUACIÓN JURÍDICA DE UN CONDENADO NO DESAPARECE AL SER TRASLADADO PARA QUE ATIENDAN Y TRATEN SU SALUD EN UN CENTRO MÉDICO AJENO A LA INFRAESTRUCTURA DE UN CENTRO PENAL

"Aunado a lo anterior, en el auto de sobreseimiento definitivo, pronunciado por el Juzgado […], se tuvo, dentro de la relación circunstanciada de los hechos, que el objeto incautado a la imputada […], fue: "...un teléfono celular marca […].

Por lo tanto, es manifiesto, en consonancia a lo dicho por el Ad quem, a […], que el objeto decomisado a la imputada, en momentos de encontrarse ésta en el Hospital […], son de los prohibidos por la norma, por tratarse de un teléfono celular, cuya función es la transmisión y recepción de señales de voz, imagen, sonido o datos. En virtud de lo cual, este segundo requisito del tipo se ha cumplido.

Siguiendo con el análisis del art. 338-C Pn., es necesario señalar que la Cámara adujo lo siguiente: "...Se determina que la implicada usó el teléfono celular decomisado en momentos que se encontraba ingresada como paciente en el Hospital Nacional […]; el cual tiene como responsabilidad brindar atención de salud integral de la ciudadanía en general, incluyendo personas que se encuentren condenadas o procesados por delito(s), no encontrándose dentro de sus atribuciones y funciones la de recibir a los últimos para que guarden prisión

formal o detención provisional en sus instalaciones; (...) por consiguiente, a juicio de esta sede, en el presente caso no se cumple uno de los elementos objetivos del tipo penal, el cual es: Que el lugar donde se cometa el ilícito sea un centro penitenciario, centro o lugar de detención, resguardo o reeducativo." (Sic).

Por su parte, el Juzgado Primero de Instrucción, también consideró que en el presente caso, no se cumplía con un elemento del tipo penal, expresando […], lo siguiente: "...Estos hechos se dieron en el Hospital Nacional […] de esta ciudad y este no tiene la calidad que señala el artículo trescientos treinta y ocho – C del Código Penal, es decir, no es un Centro Penitenciario o un Centro de Detención de Resguardo o Reeducativo, por lo que al hacer un juicio de tipicidad no reúne los requisitos de la conducta de la imputada para adecuarla al delito por el que se le está procesado...". (Sic).

Frente a las anteriores conclusiones, es menester remitirse a los artículos de la Ley Penitenciaria, señalados por la solicitante; específicamente los arts. 68 Nº 4 y 80. El primero establece que: "Los Centros Penitenciarios, según su función serán: ...4) Centros Especiales.". El art. 80, por su parte, dice: "Los Centros especiales estarán destinados para la atención y tratamiento de la salud física y mental de los internos. Mientras el sistema penitenciario no cuente con estos Centros especiales, el Ministerio de Justicia a través de la Dirección de Centros Penales podrá solicitar la colaboración del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, y del Instituto Salvadoreño del Seguro Social.".

Se ha podido establecer, tanto de la resolución pronunciada por el Juzgado Primero de Instrucción, como de la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente, que la imputada […], por problemas de salud, fue llevada del Centro Penal […], al Hospital […], quedando ingresada en dicho nosocomio desde el día veintiocho de abril, hasta el día dos de mayo, ambos del año dos mil quince, fecha en la que fue sorprendida por el custodio […], realizando una llamada telefónica desde un celular.

Es decir, el traslado de la imputada a un centro de atención nacional de salud, como el Hospital […], ocurre por no contar el centro penitenciario donde ella guarda prisión con un "Centro especial", destinado para la atención y tratamiento de la salud física de los internos, en los términos del art. 80 de la Ley Penitenciaria. Pero ésta circunstancia, no deberá entenderse como la desaparición de la situación jurídica en la que se encuentra la condenada; sostener lo contrario haría incurrir al juzgador en un sinsentido; es decir, el traslado y la atención de su salud en un centro médico ajeno a la infraestructura del Centro Penal, no le releva de las medidas de privación de libertad en la que se encuentra, tanto es así, que había una persona designada -para el caso- el custodio […], quien era el encargado de vigilar a la imputada el tiempo en el que ella permanecería ingresada en el referido nosocomio, con el objeto de asegurar que ésta cumpliera con las condiciones a las que se encuentra sometida en el Centro Penal".

ASISTENCIA DE LA IMPUTADA EN UN CENTRO HOSPITALARIO NO ES CAUSA PARA PORTAR TELÉFONO CELULAR

"Por lo tanto, es irrelevante lo aducido por la Cámara en el sentido de que el Hospital […], no tiene la atribución o función de recibir a los procesados por

delitos o condenados, para que guarden prisión formal o detención provisional en sus instalaciones; pues el lugar para tales efectos son los Centros Penales pertinentes.

El centro de salud, está prestando un servicio que de otro modo la interna no podría recibir dentro del recinto penitenciario, conforme lo establece el art. 80 Inc. 2º de la Ley Penitenciaria; por consiguiente, el carácter accidental que tiene la asistencia de la imputada en el Hospital […], no es causa para comprender que la conducta realizada -el uso de un aparato de telecomunicación que permite transmitir o recibir señales de voz, imagen, sonidos o datos-, como el teléfono celular incautado, se ha hecho por alguien que no está privado de libertad con "una pena de prisión en el interior de un centro penitenciario", pues como ya se dijo en párrafos supra, la imputada está cumpliendo una condena de cinco años de prisión en el Centro Penal […], por el delito de Extorsión en grado de tentativa, sentencia impuesta por el Tribunal Segundo de Sentencia de la misma ciudad.

Tomando en consideración lo analizado anteriormente, se ha comprobado la errónea interpretación de ley penal, específicamente del art. 338 –C Pn., efectuada por la Cámara de la Primera Sección de Oriente, así como el yerro del Juzgado Primero de Instrucción, […], en virtud de haber considerado que uno de los elementos del tipo penal no se cumplía en el presente caso; todo lo contrario, como se ha dicho, todos los elementos típicos del delito están plenamente determinados; en consecuencia, es atendible acoger el motivo invocado, art. 478 Nº 5 Pr. Pn."

PROCEDE REVOCAR SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO CUANDO EXISTE LA POSIBILIDAD DE INCORPORAR ELEMENTOS DE CONVICCIÓN PARA FUNDAMENTAR LA ACUSACIÓN

"3. En relación al sobreseimiento definitivo, decretado por el Juzgado Primero de Instrucción y confirmado por el Tribunal de Segunda Instancia; cabe advertir, que habiéndose tenido por acreditado el vicio invocado por la recurrente, en cuanto que la sentencia o pronunciamiento importa una errónea aplicación de ley penal y, siendo que la causa para decretar la resolución impugnada, tanto en primera, como en segunda instancia, fue la no adecuación típica que, según los juzgadores, el hecho acusado no cumplía con el presupuesto penal; y en vista que, de acuerdo al análisis de tipicidad realizado por esta sala, se advirtió lo contrario, es procedente en principio, revocar la resolución objeto del presente recurso.

Lo anterior, en virtud que se reconoce el agravio que el proveído impugnado le causa a la solicitante, pues, como ha dicho el Ad quem: "...el Sobreseimiento Definitivo, es aquella resolución jurisdiccional que pone fin al proceso penal..." (Sic).

Por otra parte, se tiene constancia, a partir del auto pronunciado por el Juzgado de Primera Instancia, […], que la Fiscalía, dentro de la facultad de dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal, art. 74 Pr. Pn., solicitó la modificación de la acusación, a un sobreseimiento provisional, en vista de que los elementos probatorios ofertados no le habían sido remitidos a la fecha de la

audiencia, específicamente, el resultado de la pericia en el teléfono incautado y el expediente clínico de la imputada; invocando el art. 351 Pr. Pn.

Se advierte que el supuesto normativo del art. 351 Pr. Pn., se cumple; pues, la Fiscalía justificó su petición, basándose en la no obtención, a la fecha, de los elementos de convicción suficientes para fundamentar la acusación contra la imputada, existiendo la posibilidad de su incorporación con posterioridad. Esta sala considera que la prueba ofertada por el ente Fiscal es pertinente, por referirse directamente a los hechos y circunstancias objeto del juicio y, útil al caso para la averiguación de la verdad, art. 177 Inc. 1º Pr. Pn.; por lo que es procedente acceder a lo solicitado por la impetrante.

Finalmente, en vista de haber sido acogido el vicio alegado por la recurrente, y por establecido el error interpretativo del art. 338-C Pr. Pn., en el que incurrió el Juzgado de Primera Instancia y la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente, […]; el cual trajo como consecuencia la confirmación del auto de sobreseimiento definitivo; se deberá, de conformidad a lo establecido en el art. 484 Inc. 3º Pr. Pn., enmendar directamente la violación de ley."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 27C2016, fecha de la resolución: 25/04/2016*

## USO Y TENENCIA DE DOCUMENTOS FALSOS

ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DEL TIPO PENAL

"3. En el tercer reclamo, alegan la errónea aplicación de la ley penal, al no existir prueba que establezca el dolo, es decir, el conocimiento y voluntad de parte de la acusada de portar y utilizar un documento falso. Reclamo que fue desestimado por la Cámara bajo el argumento que aquella fue sorprendida por la autoridad teniendo y utilizando un documento falso y que no resultaba congruente con la experiencia común que una persona no tenga el conocimiento de que la licencia de conducir vehículos que porta es falsificada.

Apreciación que no es compartida por la defensa, primero porque sostiene que la indiciada no fue sorprendida por la autoridad utilizando un documento falso, pues, según algunos datos, ella estuvo de acuerdo en entregar la licencia al policía de la División de Control Migratorio y Fiscal, siendo la entrega totalmente voluntaria y no como se refiere en la sentencia. Además, de haber sabido la acusada que el documento era falso, pudo no haberlo entregado bajo cualquier retórica y, con ello, hubiese sido acreedora de una sanción administrativa de índole pecuniaria, tal como lo regula el Art. 255 del Reglamento de Tránsito y Seguridad Vial.

Segundo, la experiencia común es un parámetro que indica cómo normalmente se espera que una conducta se realice, pero no significa que necesariamente así se proceda en un determinado caso. Ajuicio de los recurrentes, partiendo de los hechos acreditados, si la incoada hubiera tenido el conocimiento que el documento que portaba era falso, resulta incongruente que lo haya entregado a un agente que, aunque no pertenecía a la División de Tránsito de la

Policía Nacional Civil, representaba a la autoridad; por el contrario, la entrega voluntaria y espontánea del documento no demuestra un conocimiento viciado y un actuar bajo el error de comportarse dentro del ordenamiento jurídico.

Lo anterior, arguye la defensa, se ve reforzado con la certificación del historial general de licencias emitido por el Viceministerio de Transporte, que establece que la acusada fue autorizada para conducir vehículos automotores desde el año dos mil uno y al momento que ocurrió la captura y la incautación del documento que se reputa falso, ella aún estaba autorizada para conducir, por lo que actuaba bajo la creencia que el documento que portaba era auténtico. No había ninguna razón que pudiera crear en la indiciada algún interés o beneficio en querer defraudar a la Fe Pública o alguna motivación para usar un documento que contenga falsedad, descartándose por tanto la existencia del dolo, como elemento de la tipicidad subjetiva.

También debió tenerse en cuenta, que si lo que acredita o comprueba una licencia de conducir es la calidad de conductor autorizado, cualquier lesión a la Fe Pública relacionada con el uso de un documento de dicha naturaleza, tendría que estar encaminada a intentar acreditar la calidad de conductor a alguien que no la tenga o a alguien que no la pueda tener, situaciones que no han ocurrido en este caso, donde no se estableció que ella supiera la falsedad de la licencia, ni mucho menos que no tuviera la calidad y competencia que una licencia de conducir acredita, en consecuencia no existe ninguna forma de probar el dolo.

En el caso de la imputada, a quien se le atribuye el delito de Uso y Tenencia de Documentos Falsos, tipificado y sancionado en el Art. 287 Pn., en perjuicio de la Fe Pública, se hacen las siguientes consideraciones:

El tipo penal exige que se prueben como elementos objetivos: 1) La existencia de un documento falsificado o alterado; 2) Que el documento sea público, auténtico o privado; 3) Que el sujeto activo tenga conocimiento de la falsedad o alteración del documento; 4) Que el indiciado no haya intervenido en la falsedad ni alteración; y, 5) Que la acción típica consista en hacer uso o tener en su poder un documento falsificado o alterado.

Además, dicho delito es de ejecución instantánea, con efectos permanentes, pues, ya introducida al tráfico jurídico la documentación falsa, el delito se consuma, aunque sus efectos permanezcan en el transcurso del tiempo, lo cual ocurre porque el sujeto activo está imposibilitado de detener esos efectos, porque ya no tiene bajo su dominio el documento constitutivo del hecho punible. En cambio, en los delitos permanentes, el ilícito no acaba, sino por la voluntad del sujeto activo.

El fin lógico de penar la comisión de un delito de falsedad documental es dar uso posterior a la falsificación, pues tal como lo relaciona […], cuando en su libro La Falsedad Documental, pág. 315 párrafo 2, señala: “Según Welzer, con el Uso se completa el delito de Falsedad en Documento, cuyo objeto jurídico reside en producir un engaño en el tráfico jurídico”, por ende el establecer la pena de falsificación es porque el legislador ha tenido en cuenta que su finalidad era para ser utilizado en el tráfico jurídico.

Por ello, el precepto exige expresamente que el uso sea llevado a cabo por quien no haya tenido parte en la falsedad del documento. La conducta típica es

hacer uso o tenerlo en su poder, lo que significa utilizar el documento según su propio destino como medio de prueba en el quehacer jurídico o la tenencia de dicho documento falsificado o alterado.

En el aspecto subjetivo, la ley establece la exigencia de que el sujeto activo tenga conocimiento de la falsedad del documento que usa o tiene en su poder."

CORRECTA ACREDITACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO CON EL QUE ACTUÓ EL IMPUTADO

"Ahora, cabe relacionar el hecho acreditado: […], solicitándole a la conductora sus documentos de tránsito, luego de habérselos solicitado, los mandó con una persona de su seguridad, entregándole una tarjeta de circulación del vehículo que iba manejando y una licencia de conducir al agente […], quien procedió a verificar la documentación, encontrando que la licencia de conducir tenía el chip removido, el número era de color rojo diferente a las otras licencias y la foto estaba borrosa, razón por la cual incautaron la licencia número […], a nombre de la señora […], informándole a la señora […], que iba a quedar detenida por la tenencia y uso de dicho documento; en ese sentido podemos afirmar, que el testigo […], sorprendió a la imputada […], con una licencia de conducir que no reunía los requisitos de originalidad establecidos por el Viceministerio de Transporte; determinándose luego de ello con la correspondiente experticia de autenticidad, que realizó la perito […], que en efecto el documento con el que la acusada se identificó el día de los hechos, había sido falsificado.". (Sic)

Considerando la Cámara que era correcto el argumento expresado por el A quo para acreditar el dolo la imputada, porque fue sorprendida por la autoridad policial cuando se le pidió la licencia de conducir, criterio que no es compartido por los recurrentes, quienes sostienen que no fue "sorprendida" sino que ella estuvo de acuerdo en entregar la licencia, porque de saber que era falsa no la hubiera entregado. Además, estaba autorizada para el manejo de vehículos en el momento en que se le decomisó el documento, por lo que no existe ni siquiera lesividad en su accionar.

De lo sostenido por la Cámara, se puede derivar que cuando dice que la acusa fue "sorprendida" por la autoridad policial, se refiere a que fue una situación inesperada para ésta, ya que ella no podía saber de antemano que ese día le serían solicitados los documentos para transitar, resultando una situación de -improviso o inesperada.

Por otra parte, cabe destacarse, que una licencia posee dentro de sus cualidades no solamente establecer que se tiene la debida autorización para conducir un vehículo, sino que también acredita qué tipo de vehículos está apto y autorizado para conducir una persona, ello dependiendo de la clase de licencia que se le confiera, circunstancia que no puede ser de desconocimiento del interesado por ser un trámite estrictamente personal el que se ejecuta para la obtención de la licencia de conducir, indicándose para ello el tipo de licencia que se requiere, a efecto de llevar a cabo los exámenes respectivos.

Lo anterior, porque la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, establece que las licencias de conducir serán de diferentes clases o categorías,

de conformidad al tipo de vehículo que autoricen a conducir y tendrá una vigencia temporal, lo cual está estipulado en el Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial, Arts. 150, 151, 155, 155-A y 155-B.

En el caso de autos, se acreditó que la imputada portaba una licencia de conducir clase liviana, cuando realmente estaba autorizada para usar una licencia clase particular -de conformidad a la Certificación de la Licencia de conducir extendida por la Directora General de Tránsito, que corre agregada al proceso- circunstancia -autorización- que ésta no podía desconocer, debido al trámite personal que debió seguir para su obtención, de conformidad al Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial y Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, como se dijo supra.

Ahora, respecto a las conclusiones a las que llegan los impugnantes, en cuanto que de haber sabido la acusada que la licencia era falsa, pudo omitir la entrega de ese documento a los agentes policiales y hacerse acreedora de una sanción administrativa, es una apreciación subjetiva -aplicada conforme a los intereses particulares de la defensa- porque como pudo haber reaccionado omitiendo la entrega de la licencia, pudo también entregarla en la creencia de que no se percatarían de su falsedad, no se puede concluir que la postura de la defensa era la única forma de comportarse de la indiciada ante un evento inesperado, toda vez que, como ya se dijo, la acusada no podía ignorar tal situación, porque para su obtención tuvo que seguir un trámite personal.

En tal sentido, la consideración de los recurrentes, no debe depender de la simple impresión personal y subjetiva que el hecho en sí sea capaz de causarle, sino tendría que ser el producto de suficientes consideraciones racionales acerca de las pruebas del proceso, el alcance probatorio derivado de cada elemento examinado y la conclusión necesaria derivada de todo ello.

Por lo tanto, se estableció que la acusada ejecutó actos directos y apropiados para la consumación del delito, ya que utilizó un documento falso, con el cual se demostraba que estaba autorizada para portar una licencia clase liviana y, para ello, la presentó a las autoridades policiales al serle requerida, quedando evidenciado que se realizaron acciones con la intención de hacer creer que la información que estaba plasmada en el documento eran ciertas o verdaderas.

En consecuencia, no habiéndose demostrado la infracción alegada el motivo deberá desestimarse."

MODIFICACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

"4. En el cuarto reclamo, aducen la falta de fundamentación de la sentencia en cuanto a la sanción de la pena. Dicen los libelistas, que no se cumplió con el deber de justificar razonablemente la medida de la pena impuesta en los parámetros legales, porque no se valoró la extensión del daño o el peligro efectivo provocado, que en este hecho son inexistentes, pues tal como consta en la certificación del historial de licencias a nombre de la acusada, al momento que ocurrió la captura, ella estaba autorizada para conducir vehículos automotores, por tanto no puso en peligro la vida de ninguna persona, ni representaba un riesgo

para la seguridad vial y en suma, no existía motivo alguno para que ella quisiera portar un documento falso para acreditar su calidad de conductora.

Además, afirman que no se tuvo en cuenta aspectos como la calidad de los motivos ni las circunstancias que rodearon el hecho, y por no encontrarse justificado el hecho de la imposición de la pena, existe un claro exceso en la misma al imponerle cuatro años de prisión sin haberlo fundamentado.

Para verificar lo alegado por los recurrentes, cabe retomar lo resuelto por la Cámara quien para determinar que hubo una correcta aplicación del Art. 63 Pn, transcribió parte de lo considerado por el A quo en el fundamento jurídico octavo de la resolución donde dijo: "...se tomó como fundamento las condiciones sociales, económicas y culturales de la imputada […], puesto que se ha establecido en el proceso que la misma es una persona con una educación notoria, consta en el proceso que es empresaria, lo que permite concluir que su nivel académico es al menos suficiente para no poder alegar ignorancia de las leyes; por otro lado, el nivel económico de la misma le permitía obtener la licencia de conducir con las formalidades que la ley exige, no tenía necesidad de obtener un documento falsificado, sin embargo al tenerlo... queda establecido el dolo en la conducta, independientemente de las razones por las que lo tuviera, lo cual no fue materia de discusión en el juicio...".

Como ha podido observarse, dice la Cámara, el sentenciador al realizar el juicio de punibilidad realizó las valoraciones pertinentes por las cuales consideró necesario imponer una pena intermedia que establece el Art. 287 Pr. Pn., no obstante, que no existen circunstancias modificativas de responsabilidad penal, si justificó de manera razonada el fundamento que tuvo para imponer la pena de cuatro años en las circunstancias económicas, sociales y culturales de la autora, que tales argumentos son compartidos por ese tribunal, al no participar del argumento de la defensa que tales criterios para la adecuación de la pena solo están pensados para favorecer al imputado al momento de imponer la sanción. Confirmando, por ende, la sanción.

Al respecto, la Sala ha podido verificar que el A quo, a efecto de determinar la pena valoró además: "a) Que no se determinó la concurrencia de causas excluyentes o modificativas de responsabilidad penal; b) Que las circunstancias que rodearon el hecho son las que contempla el tipo penal y que en consecuencia no se estableció ninguna en especial que la motivara a cometer el hecho; y, c) Que nada se estableció sobre que la imputada no comprendiera lo ilícito de su actuar; por lo que se considera procedente aplicar el marco penal intermedio de conformidad al Art. 287 del Código Penal, se establece para el ilícito abordado, en este caso la pena de cuatro años de prisión."

De lo anterior, cabe concluir que en la sentencia aparecen reflejados los motivos por los cuales el juez consideró adecuado imponer la pena de cuatro años, lo cual fue avalado por la Cámara; sin embargo, tales consideraciones a juicio de esta Sala no son suficientes para la aplicación de esa pena -cuatro años- ello, tomando en cuenta las razones siguientes:

Si bien es cierto, el principal argumento -incidente- en el aumento de la pena más allá del extremo mínimo, de tres años -según los parámetros del artículo 287 Pn., aplicable en el caso- lo constituyó el hecho del nivel académico

y económico de la imputada; el primero, por ser suficiente para no poder alegar ignorancia de las leyes y el segundo, le permitía obtener la licencia de conducir con las formalidades requeridas legalmente, lo cual a juicio de esta Sala no es un elemento que por sí solo resulte suficiente para motivar la sanción impuesta.

En el caso particular, la Sala estima que aun conservando la calificación jurídica que recayó, era posible imponer el extremo menor de la sanción, pues el nivel académico y económico de la acusada, no fueron determinantes para la comisión del hecho. Además, tomando en cuenta que la gravedad del injusto en este caso no tiene una dimensión de mayor trascendencia que lesionara gravemente el bien jurídico que tutela el tipo penal; y según el principio de proporcionalidad, la gravedad de la pena debe corresponder con la gravedad del hecho cometido o con la peligrosidad del sujeto respectivamente, pero este último aspecto pende directamente de las circunstancias del hecho o bien de la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad, las cuales no forman parte del hecho acreditado, pues como ya se dijo no se establecieron circunstancias especiales que la motivaran a cometer el hecho, ni que determinen un mayor reproche a nivel de culpabilidad y considerando que el principio de necesidad orienta la función utilitarista de la sanción penal, que busca no solo la readaptación social del individuo que ha delinquido, sino también proyectar sus efectos al ámbito del proceso penal, se estima, con base en los principios de necesidad, lesividad y proporcionalidad, que no es menester que la pena impuesta a la imputada deba seguirse cumpliendo dentro de un recinto penitenciario, puesto que sería contraproducente a los objetivos de resocialización y/o de prevención especial.

En tal sentido, no debe soslayarse lo regulado en el Art. 27 Inc. 3° Cn., en cuanto a la función resocializadora que deben cumplir los centros penitenciarios en referencia a los internos, la cual está orientada a viabilizar la reeducación y la reinserción de los privados de libertad, proscribiendo 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; además, debe considerarse que las penas privativas de libertad han de ser tratadas frente a aquellos conflictos sociales que sean imposibles de resolver por otros medios menos gravosos, siempre en proporción a la gravedad del ilícito cometido y la culpabilidad del autor.

En consecuencia, para el presente caso se modifica la pena de cuatro años a la que fue condenada […], por el delito de Uso y Tenencia de Documentos Falsos, Art. 287 Pr. Pn., y modificase a tres años de prisión; en consecuencia, otorgársele el Beneficio de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, de conformidad a lo regulado en los Arts. 77 y 81 Pn., quedando dicho beneficio condicionado a que la imputada no se encuentre sometida a otro trámite procesal, según lo regulado en Art. 78 Pn., lo cual deberá ser verificado por el Ad quem, quien deberá decidir las condiciones en que dicho beneficio se concede conforme a lo dispuesto en el Art. 77 Pn."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 214C2016, fecha de la resolución: 27/07/2016*

## VALORACIÓN DE LA PRUEBA

POSIBILIDAD DE ADMITIR EL RECONOCIMIENTO DE PERSONAS COMO PRUEBA COMÚN PARA VARIOS CASOS

"1.- De acuerdo al memorial recursivo, las defensoras licenciadas [...], invocan la Inobservancia de las normas procesales establecidas bajo pena de nulidad, inadmisibilidad o caducidad, Art. 478 número 1 Pr. Pn., Arts. 11 y 12 Cn., 175 Inc. 1°, 356 N° 5, 359 Inc. último, 362 N°10 Pr.Pn., Art. 17 Inc. 2° de la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja.

Las impetrantes argumentan que al momento de la interposición de su recurso de apelación, expresaron que al verificar el dictamen de acusación y el auto de apertura a juicio, el reconocimiento de persona no fue legalmente ofertado, conforme lo dispone el Art. 356 Numeral 5 en relación al Art. 359 Inc. último Pr. Pn., dejando ver que no fue admitido en el auto de apertura a juicio y que tampoco existió pronunciamiento por parte del ente fiscal, estimando que tal elemento no debió ser valorado por el señor Juez Especializado de Sentencia de San Salvador.

Sostienen que el tribunal de Segunda Instancia aseveró que en el apartado de la sentencia denominando como casos de Agrupaciones Ilícitas y prueba documental en común, aparece registrado en el número 11 el reconocimiento en rueda de persona practicado en Sede policial por el testigo clave "ESCORPIÓN", ordenado por el Juzgado Especializado de Instrucción de San Salvador y que por tal razón el *Ad- quem* estimó ofertado dicho medio probatorio.

Asimismo, expresan que lo aseverado por Cámara contraviene lo estipulado en el Art. 359 Inc. último Pr.Pn., puesto que no se ofertó debidamente tal elemento y que el tribunal lo valoró únicamente para el delito de Agrupaciones Ilícitas, sin que por ello deba entenderse que debía valorarse para el delito de Robo.

Se advierte que la Cámara, a fs. 62 párrafo final, relaciona el motivo a que refieren las impetrantes, es decir, la valoración de medios de prueba que no fueron legamente incorporados en el juicio, radicando en la supuesta falta de ofrecimiento probatorio y en la consecuente valoración del elemento a que se refieren las impugnantes.

Cabe mencionar, que aparte de las consideraciones plasmadas en el libelo de casación, el tribunal de Segunda Instancia también señaló:

*"... El punto medular de este motivo es que el reconocimiento de personas nunca fue ofrecido, ni admitido por la señora Juez Instructora, y por lo tanto el señor Juez de sentencia no debió valorarlo. Se ha verificado tanto el dictamen de acusación, auto de apertura a juicio, así como la sentencia, y en* todos *aparece que fue ofrecido, fs. 1605, admitido e incorporado el* ***reconocimiento de persona*** *practicado por clave ESCORPIÓN, en el imputado [...], y en audiencia de vista publica el señor Juez valoro en la pág. 96 siguiente: "...no obstante, con los reconocimientos por fotografía y en rueda de personas que* se *encuentran incorporados en folios 1396, 1660, 1858, se logró identificar a los mismos y que dentro* de *los procesados se encontraban algunas personas a la que correspondían algunos de esos alias, para el caso el seudónimo Sam, corresponde a*

*[...]... lográndose identificar a los mismos, y por la coherencia encontrada con la restante prueba testimonial con la que se pudo acreditar la toma de ejecución del delito y se confirma la participación de los procesados en el hecho en calidad de autores...".* (Sic).

Como puede observarse, la Cámara seccional concluyó que el elemento a que se refieren las defensoras fue ofertado, admitido y valorado, circunstancia que ha sido verificada por esta sede casacional, remitiéndose al dictamen de acusación, en donde constata un apartado que se refiere a un ofrecimiento de prueba que era común para todos los casos procesados, tal como consta a fs. 1586 vto., habiéndose admitido por el *A quo,* a fs. 3061.

No obstante, es de reconocer que la parte fiscal cuando individualiza cada uno de los casos que comprende su dictamen, hace referencia a prueba individual para el establecimiento de los extremos a que se refiere la ley, lo cual no es óbice para que la prueba categorizada en común sea analizada y constituya elementos adicionales a las que fueron relacionadas de manera individual.

En tal sentido, esta Sala no advierte el vicio de casación argüido, no siendo de recibo por las razones mencionadas previamente."

PROCEDE CASAR LA SENTENCIA POR OMITIR VALORAR PRUEBA DE DESCARGO

"En lo que respecta al segundo motivo de casación, las recurrentes reclaman el vicio descrito en el Art. 478 N 3 Pr.Pn., considerando inobservado el Art. 179 del mismo cuerpo legal.

Respecto de este motivo se señala lo siguiente: "... *es de hacer ver a la honorable Sala de lo Penal, (...)la falta de valoración de la prueba documental de descargo ofertada por nuestro representado, misma que fue presentada durante el desarrollo de la Audiencia Preliminar, en donde se deja constancia que* ***el*** *día cinco de diciembre del año dos mil diez, se encontraba pasando consulta con su abuela,* señora *[...], dicha constancia fue extendida por el Hospital Nacional de San Bartolo, Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, elemento probatorio ofrecido en tiempo y forma, y por tanto admitido en el correspondiente auto de apertura a juicio. (...) tal elemento probatorio era de suma importancia, pues saca de la escena del delito a nuestro representado, en razón de encontrase a la misma hora y fecha, en lugar distinto con una distancia considerable, siendo el Hospital una institución pública y consignarse en la constancia firma y sellos originales de la misma..." (Sic).*

Las peticionarias señalan que en su momento ofrecieron en apelación las cintas magnetofónicas de la vista pública, a efecto que Segunda Instancia verificase la incorporación de dicha prueba de descargo y que la misma, al haber sido admitida, no solo podía presentarse por vía incidental, tal como lo hace ver el tribunal *Ad-quem,* señalan además, que tal elemento no fue valorado y que la Cámara adujo que la razón de tal circunstancia fue la pasividad de la parte defensora.

Esta Sala al remitirse a la sentencia impugnada, señala que en ella a fs. 62, se manifiesta: "... *Se ha verificado en el auto de apertura a juicio de fecha* dos *de diciembre de dos mil trece, en el* que se *registra a fs. 3061 vuelto, que se admitió*

*por parte de la señora Juez de Instrucción Especializada "A",* con *sede* en *San Salvador, como prueba documental del imputado [...], "una constancia extendida por la Trabajadora Social del Hospital Nacional San Bartolo, licenciada [...], en la que dice* que *esta persona* estuvo *en dicho hospital acompañado* de *la señora [...], de siete de la mañana hasta las* ocho *de la noche. (...) Ahora bien consta que cuando el señor Juez de sentencia recibió* el proceso *proveniente del Juzgado de instrucción por auto de fs. 3069,* ***le previno a la defensa técnica del imputado [...],*** *que presentara la constancia extendida de la Trabajadora Social del Hospital Nacional San Bartolo, pues esta no se encontraba dentro* de *la carpeta judicial, tal* como *consta a fs. 1996,* ***resultando que la defensa no evacuo dicha prevención,*** *tampoco dijo nada* ***en audiencia de vista pública en la etapa de incidentes,*** *y pretende con la presentación del recurso de apelación que esta Cámara valore prueba que no hicieron valer en el momento procesal oportuno dada la pasividad, véase que si estamos en un sistema adversarial ambas parte deben de ser procesalmente activas y no intentar hacer valer en su favor algo que la misma parte contribuyo en su silencio, por lo que es inadmisible este motivo conforme al art. 469 CPP..."" (Sic).*

Como puede advertirse, Segunda Instancia inadmitió el reclamo basado en que la defensa no evacuó la providencia formulada por el *A quo,* tendente a que presentara la constancia relacionada en párrafos que anteceden, dejando ver que tampoco en la etapa incidental las reclamantes se pronunciaron al respecto, punto que —según refiere el *Ad quem*- evidenciaba la pasividad de la parte defensora y que debido a ella contribuyó a las circunstancias que en su momento, motivara su reclamo en alzada.

En relación a lo anterior, la Sala es del criterio que los argumentos del tribunal de Segunda Instancia para inadmitir el reclamo formulado no se sostienen, pues no se puede obviar el hecho que el elemento probatorio fue ofertado y admitido para la vista pública, tal como consta a fs. 3061, siendo de valor esencial por las razones señaladas por las reclamantes, además, al verificar el proceso se advierte que dicho elemento está agregado inmediatamente después de la audiencia preliminar, por ende, no solo está ofertado y admitido, sino que materialmente existente en el trámite procesal; en tal sentido, lo expresado por el sentenciador en cuanto a que no se encontraba agregada no tiene razón de ser y, por ello, no puede atribuirse el defecto de valoración solo a la pasividad de la parte defensora sino a un posible *lapsus* del ente jurisdiccional, quien adujo tales elementos como no presentados, lo cual hace cuestionar el argumento de Cámara en el sentido que la parte contribuyó al defecto y que intentan hacer valer el mismo a su favor, pues, en todo caso, se evidencia un error que no se puede hacer valer en perjuicio de una de las partes materiales.

Por otro lado, si se considera el deber de los tribunales de darle a los derechos fundamentales el peso que deben tener para que el proceso y el derecho de defensa sea resguardado a la luz de la Constitución, no puede ni debe, una interpretación excesivamente formalista de la Ley Procesal Penal, coartar el derecho de impugnar una decisión que se basa en el reclamo sobre un elemento considerado esencial, y sobre el cual no existió un control real de Segunda Instancia, considerando esta Sala que el aspecto invocado por las impugnantes

debe ser de recibo, tomando en consideración el derecho de defensa y que la prueba sobre el reclamo si se encontraba agregada al informativo.

Expresado lo anterior, este tribunal es del criterio que la inadmisibilidad declarada en cuanto se refiere al defecto de omisión de valoración de prueba documental de descargo, debe ser casada, a efecto que otro tribunal de Segunda Instancia se pronuncie con respecto a este motivo de apelación."

CORRECTA VALORACIÓN DE LA FALTA DE CREDIBILIDAD DE LA CONSTANCIA OFRECIDA COMO PRUEBA DE DESCARGO

"En relación al recurso interpuesto por el imputado [...], se aduce lo siguiente: "...Inobservancia de las normas procesales, Art. 478 numeral 3 del Código Procesal Penal, concretamente por infracción a las reglas de la sana critica con respectos a medios o elementos probatorios de carácter decisivo...".

El impetrante fundamenta en los términos siguientes:

".. Existe un medio probatorio distinto del testimonio del señor [...], el cual es la constancia emitida por el representante legal de la Sociedad [...] S.A. DE C. V., mediante la cual dicho representante legal establece que efectivamente mi persona realice una excursión en calidad de motorista de un autobús de dicha empresa, a la playa el majahual, el día cinco de diciembre del años dos mil diez. Esta prueba documental fue desechada por las Magistradas de la Cámara Especializada de lo Penal, por considerar que fue admitido indebidamente por el juez sentenciador y no debió haberse valorado, pues no fue ofertada en la etapa procesal oportuna como lo establece el art. 358 número 13 del Código Procesal, y cuestionan que solo bajo cierta excepciones puede el imputado incorporado prueba en la vista pública..." (Sic).

El peticionario adujo: "... *aporte como prueba documental la constancia emitida por el representante legal de la [...] S.A. DE* C. *V., en consecuencia que las Magistradas de la Cámara de lo Penal resuelvan* que *el Juez Sentenciador en Primera Instancia,* aplico *correctamente las reglas de la sana critica,* no es correcto *y por tanto esta errado, pues decir, que la fuente no es confiable por provenir de mi persona la constancia, la* vuelve *inconfiable, lo cual tendría a la luz* de la lógica y *de la experiencia común como reglas de la sana critica, validez siempre y cuando mi persona hubiese estado presente en el proceso en la epata de instrucción o por lo menos me hubiera dado cuenta y por lo tanto nombrado o hubiese tenido la obligación de coordinar con mi defensor la prueba que refutara los hechos acusados..."* (Sic).

A efecto de verificar los puntos señalados, esta Sala se remite a la sentencia objeto del recurso, constando a fs. 67, que si bien es cierto la Cámara, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el Licenciado [...], en calidad de defensor particular del imputado [...], se refirió a determinados puntos probatorios, para el caso el testigo [...], quien fue ofrecido y admitido en el auto de apertura a juicio y una constancia ofrecida por el imputado hasta en la etapa de vista pública, el *Ad quem* estimó que dicha prueba no debió haberse admitido, refiriéndose a que tal ofrecimiento y admisión debían estar acorde con el procedimiento señalado, pero reconociendo a la vez que pueden haber casos en el que el imputado pueda

ofertar prueba hasta el momento de la vista pública, dejando ver que estos son supuestos excepcionales, más no la regla general, y que en el presente caso no existía ninguna justificación para haberse ofrecido hasta ese momento procesal dicha prueba, pues la información que aportaba se conocía desde el inicio de proceso.

Adviertese que la razón en la que se fundamenta la Cámara de Segunda Instancia, para no dar valor probatorio al referido elemento, no es precisamente el hecho de que la prueba no debió haber sido admitida, pues en el párrafo 3° del folio 189 fte., del proveído sujeto a análisis señala: *"...pero más allá* de ello y *aun dejando de lado dicha circunstancia tenemos que esas tres fuentes hacen alusión* que *el imputado [...],* se *encontraba en playa El Masjahual, sin embargo, como se* ha *indicado* este *testigo, es persona afín al imputado, que para el* señor *Juez tiene alguna parcialidad a favor del imputado, puesto* que *el Juzgador dice que no le son "confiables", en ese orden el hecho que* corroboren *la declaración del imputado rendida en vista pública que dijo que se encontraba en dicha playa a la horas* de los *hechos, para el señor Juez no le da credibilidad y por eso descarta dichas fuentes, no existiendo ninguna duda razonable para el Juez, producto de esta prueba por inferirse que esta no es objetiva dada la relación de empatía que tiene con el procesado..." (Sic).*

Como puede colegirse no le asiste la razón al imputado, pues tal como se advierte de la transcripción que antecede, la Cámara compartió los argumentos del *A quo,* pero en cuanto a la falta de credibilidad a los elementos ofertados por la parte defensora, es decir, si existió pronunciamiento y valoración por las sedes de Primera y Segunda Instancia, ya que en este último caso la Cámara, a pesar de no haber compartido la admisión del ya referido elemento, por estimar que no era desconocido desde el inicio del proceso, lo desmerita por las razones que se plasman en la sentencia y, por lo que esta sede casacional no advierte defecto que declarar."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 109C2015, fecha de la resolución: 28/04/2016*

PROCEDE CASAR LA DECISIÓN OBJETADA ANTE UN DEFICIENTE RAZONAMIENTO INTELECTIVO

"Número 7.- Corresponde entonces abordar el motivo de forma admitido a la representación fiscal referido a la *"fundamentación insuficiente" e "inobservancia de las reglas de la sana crítica en la valoración de medios o elementos probatorios de valor decisivo"* en el extremo de la confirmación de las absoluciones de los imputados [...], todos acusados por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, prevista en el Art. 52 LRARD y Tráfico Ilícito Internacional, tipificado en el Art. 33 LRARD.

**7.1.-** En lo esencial, el impetrante sostiene que: *"La motivación de la sentencia específicamente en el apartado donde se analizan las absoluciones resulta insuficiente, puesto que...el Tribunal de segunda instancia, teniendo las facultades de valorar la prueba, los hechos y el derecho, no* lo *hizo debidamente, realizó una valoración inadecuada e insuficiente de la prueba para la efectiva*

*aplicación del derecho, no proporcionó en los puntos específicos e impugnados una valoración total e integral de las pruebas introducidas legalmente al debate...Refiriéndose de manera conclusiva a la situación jurídica de las personas absueltas el Tribunal de Segunda Instancia no entró a valorar los argumentos y pruebas que se hicieron énfasis en el recurso de apelación, que generó una aparente fundamentación" (sic).*

Para sustentar el señalamiento antes referido, el gestionante enumera diferentes elementos de convicción que fueron obviados por la Cámara de origen al momento de analizar y resolver la situación jurídica de los cinco imputados cuya absolución fue confirmada por ésta.

En particular, los elementos que de acuerdo al casacionista fueron obviados en el razonamiento analítico e la Cámara de origen son los siguientes:

a) En lo relativo a la confirmación de la absolución del imputado [...], asegura que se omitió valorar extractos de las declaraciones testimoniales de […], en las que se señaló directamente al mencionado sindicado como miembro de una estructura delincuencial dedicada al tráfico de drogas, dirigida por el señor [...]; así también se obviaron los datos que constan en el Dictamen pericial de análisis de espectrometría de iones de fecha doce de marzo del año dos mil catorce, practicado a billetes y monedas que le fueron incautadas al sindicado; así como el dictamen de análisis físico de teléfonos de fecha veinticinco de septiembre del año dos mil trece, practicado por el técnico [...], en el que se indica las comunicaciones entre el imputado y los demás miembros de la estructura; y los traspasos de vehículos con placas […] en los que participó el imputado junto a otros miembros de la estructura.

b) En cuanto a la confirmación de la absolución del imputado [...], asevera que se omitió valorar extractos de las declaraciones de […], en las que formulaba un señalamiento directo en torno a la participación delictiva de este procesado, así como de lo afirmado por los dicentes […], en cuanto a que éste laboraba en una empresa de elaboración de moldes de vidrio del sindicado [...], resaltando que éstos refirieron la existencia de "empresas fantasmas o fachadas" cuyo objeto era "disfrazar" las actividades de narcotráfico, y que según el agente fiscal, excluyen la posibilidad que la conducta del imputado [...], forme parte de una relación estrictamente laboral con el procesado [...], como lo sostuvo la Cámara..

Además, el recurrente hace consideraciones relativas al funcionamiento de las asociaciones delictivas en el ámbito del tráfico de drogas, sosteniendo que debe tomarse en cuenta que la participación estaba *"fragmentada"* de acuerdo a la teoría fáctica del presente asunto, por lo que el procesado no necesitaba tener *"conocimiento pleno de las diferentes fases y ejecución hasta culminar el ciclo de entrega de la droga".*

c) En lo concerniente a la confirmación de la absolución del imputado [...], indica que se omitió ponderar las afirmaciones de la declaración en juicio de […] en que se describía la conducta ejecutada por este imputado; así como el Registro de vehículo *"CAMIONCITO KIA COLOR BLANCO"* con Placa […] y […], que consta en la Asistencia Internacional de Honduras y al cual hicieron referencia los testigos criteriados como el vehículo en el que el procesado [...], construyó una caleta para el transporte de droga.

**d)** En cuanto a la decisión confirmatoria de la absolución de la imputada [...], se dejó de apreciar extractos de las declaraciones de […], en las que se indicaba directamente la participación delictiva de la esta persona, así como prueba documental consiste en Informe del apoderado de la empresa [...] de fecha cinco de septiembre del año dos mil doce, que indica viajes de esta persona en dicha empresa de transporte, junto a los informes de movimientos migratorios *que* según el casacionista, vienen a corroborar las salidas del país de esta imputada tal como lo señaló el declarante [...].

e) En lo relativo a la decisión confirmatoria de la absolución del procesado [...], se omitió valorar extractos de las deposiciones de […], en que se le identifica a este imputado como un agente policial que contribuía con información y protección a las actividades de la estructura delincuencial liderada por [...]. Además, se obvió analizar ciertos elementos corroboratorios de lo referido por los testigos criteriados en torno a la participación delictiva de este imputado, consistentes en Dictamen pericial de análisis de espectrometría de iones de fecha doce de marzo del año dos mil catorce, practicado por la Ingeniero [...], sobre billetes incautados al procesado en mención, y Dictamen de análisis físico de teléfonos de fecha veinticinco de septiembre del año dos mil trece, practicado por el técnico [...].

De los argumentos expuestos por el recurrente, se comprende que pese a mencionar dos errores distintos (fundamentación insuficiente e inobservancia de las reglas de la sana crítica), lo que se atribuye puntualmente como infracción legal a la sede de alzada, consiste en un deficiente razonamiento intelectivo al no valorar integralmente los elementos probatorios enumerados en los párrafos anteriores, los que de acuerdo a la representación fiscal, eran decisivos y hubiesen conducido a establecer positivamente la responsabilidad penal de los cinco imputados ya mencionados, en lugar de confirmar la absolución de éstos, y además, una fundamentación en la que se han plasmado ciertas conclusiones pero no el análisis probatorio que las sustenta ni se reflexionó en torno a los argumentos formados en el recurso de alzada, señalamiento que corresponde a una “motivación incompleta”.

Esta Sala considera que el **reclamo debe ser acogido,** conforme a los razonamientos que a continuación se expondrán.

**7.2.-** La Cámara seccional abordó la temática de la absolución de los cinco procesados antes referidos en las consideraciones número 385 a 410 de la resolución impugnada, debido a la queja de fundamentación insuficiente e infracción de las reglas de la sana crítica, planteadas en el memorial de alzada de la agencia fiscal.

El colegiado de apelación inició el estudio de este reproche aclarando que la ausencia o insuficiencia de fundamentación y la inobservancia de las reglas de la sana crítica son dos vicios diferenciados y que cada uno tiene sus propias características; además, la Cámara destacó que el Tribunal de Sentencia había exteriorizado los argumentos que justificaron la decisión de absolver a los imputados [...], mediante los fundamentos desarrollados en el proveído de primera instancia, de Fs. 48,196 a Fs. 48,211 del expediente principal, por lo que no podía configurarse el yerro de fundamentación insuficiente.

Agotado el punto anterior, los Magistrados de apelación proceden a reflexionar sobre el segundo aspecto de la queja, esto es, la errónea valoración del material probatorio e infracción de la reglas de la sana crítica, en la cual la agencia fiscal esencialmente proponía que el tribunal de primera instancia había dejado de considerar elementos directos que se extraían de las declaraciones de los coimputados, y de elementos corroboratorios como dictámenes de espectrometría de iones, dictamen de análisis telefónico e informes de movimientos migratorios, de modo que los Jueces de Sentencia los habían valorado de manera selectiva.

Al abordar este aspecto, los Magistrados formulan un criterio genérico sobre las declaraciones de los coimputados indicando que la pertenencia a una estructura no puede "acreditarse" exclusivamente a partir del dicho de los coimputados, a diferencia de otras circunstancias, ya que este señalamiento puede basarse en la *"interpretación"* que los coimputados tengan sobre la misma estructura, de ahí que habrá de valorarse la función que las personas señaladas desempeñen.

De inmediato, la Cámara procede a reflexionar sobre la imputación realizada en contra de [...], aludiendo que se le acusó de realizar actividades de carpintería en los inmuebles del procesado [...], y de construir "caletas" en los vehículos donde se transportaba la droga, sosteniendo que resulta "lógico" que los coimputados lo señalen como parte de la estructura con propósito delictivo (Consideración 393). No obstante, la Cámara sostiene que se trata de un supuesto de autoría mediata, valorando que el sindicado [...], fue el medio utilizado por el procesado [...], para realizar el acto preparatorio de elaborar las caletas, y que su aporte al proporcionar mano de obra en labores de carpintería es insuficiente para ser calificado como miembro de la estructura (Consideración 395).

Añade el colegiado de apelación que para que el sindicado sea considerado miembro de la estructura era requisito indispensable acreditar que el procesado conocía el lugar de destino de la droga, la identidad de la persona encargada del transporte de ésta, el valor económico de la operación y se aclarase si recibió una remuneración específica por la construcción de las caletas u obtuvo beneficio por la comercialización de la droga (Consideración 395).

Para la Cámara, las valoraciones anteriores son aplicables también a la situación jurídica del procesado [...], a quien se le atribuyó fabricar caletas o compartimientos ocultos en las lanchas de propiedad del imputado [...]; así como al imputado [...], a quien se le acusó de realizar caletas o compartimientos ocultos en los vehículos destinados a transportar dinero y droga, al considerar están demasiado alejados de los ámbitos de la preparación o conspiración para el tráfico de drogas, por lo que debe confirmarse la absolución de éstos.

En lo tocante a la situación jurídica de la encartada [...], la Cámara parte de la misma premisa y sostiene que pese a que el testigo […] señaló que acompañaba a su esposo […], en ciertos viajes para aparentar que eran una pareja normal y a la vez llevaba dinero adherido a su cuerpo y ocultó en caletas en los vehículos en que se desplazaba con su esposo, para efecto de realizar las transacciones de la sustancia prohibida; no se corroboró como sabía el testigo [...], que la imputada llevaba dinero adherido al cuerpo y *"no se ahondó en* la forma *concreta en que se realizaba la supuesta adhesión",* de ahí que este testimonio resulta insuficiente para sustentar una condena.

Finalmente, en cuanto al procesado [...], agente de la Policía Nacional Civil, a quien se le atribuyó proporcionar información al procesado [...], respecto a las rutas para el transporte de cargamentos de cocaína en las que no habría retenes policiales, las fechas en que no era conveniente realizar traslados de droga, así como avisar de posibles órdenes de captura en contra de algún miembro de la estructura criminal, la sede de alzada manifiesta que no hay corroboración documental de esta imputación, al no existir evidencia que indique: *"i) cuál fue la ruta sugerida por el imputado para realizar el transporte; (ii) la fecha en que se hizo el mismo; (iii) que en esa fecha y en esa ruta efectivamente no había ningún retén policial, con lo que se facilitó el transporte de la* droga" (sic).

Además, concluye la Cámara que esta conducta atribuida al procesado [...], no coincide con el tipo penal acusado (Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, Art. 52 LRARD), sino que probablemente describe un tipo penal distinto que afecta el bien jurídico de la Administración Pública, pero a la vez, afirma que se encuentra impedida para calificarla en este sentido, debido al principio de congruencia entre acusación formulada y sentencia. Lo anterior lo justifica debido a que a su entender, la conducta atribuida al encartado [...], es una colaboración distinta a las *"formas anticipadas"* de participación que se describen en el Art. 52 LRARD.

**7.3.-** Para resolver el motivo casacional invocado, es conveniente desarrollar (i) algunas reflexiones generales sobre el deber de motivar que prevé el Art. 144 Pr. Pn. Al mismo tiempo, resulta pertinente (ii) referirse especialmente a la omisión de valoración integral de elementos de convicción y la motivación incompleta como manifestaciones específicas de falta de fundamentación, así también considerar (iii) la temática de la separación entre motivos de forma y fondo por los tribunales que conocen de medios de impugnación.

En lo tocante a los aspectos generales del deber de motivación de las providencias judiciales (i), el Art. 144 Pr. Pn. consagra la obligación inexcusable de los tribunales penales para motivar las resoluciones que emitan, manifestando las razones de hecho y de derecho que les han permitido arribar a una determinada conclusión sobre el asunto discutido. Cabe destacar que la infracción de este mandato legal puede producir una grave afectación a derechos fundamentales, puesto que como lo afirma la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: "el incumplimiento a la obligación de motivación adquiere connotación constitucional; por cuanto su inobservancia incide negativamente en la seguridad jurídica y defensa en juicio. Y es que al no exponerse la argumentación que fundamente los proveídos jurisdiccionales no pueden los justiciables observar el sometimiento de las autoridades a la ley, ni permite el ejercicio de los medios de defensa, especialmente el control a posteriori por la vía del recurso" (Sentencia de amparo Ref. 840-2007, dictada el 15/01/2010).

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 rela-

ción 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). Finalmente, corresponde efectuar un análisis normativo en donde se realice la adecuación típica de los hechos probados, se reflexione respecto a la antijuridicidad y se formule el juicio individual de reproche o culpabilidad, así como las consideraciones relativas a la determinación y necesidad de la pena (fundamentación jurídica) (Cfr. Sentencia de casación Ref. 298C2014, dictada el 27/04/2015).

En cumplimiento del deber de fundamentación, los juzgadores tienen que plasmar los razonamientos de la sentencia de forma clara, completa, expresa y lógica. En cuando a la segunda de estas exigencias, esta sede ha señalado en fallos previos: "para que la motivación sea completa, en ella se deben reflejar las cuestiones fundamentales del caso, y a cada uno de los puntos de decisión que justifican cada conclusión. El tribunal está obligado a considerar todas las cuestiones esenciales que determinan su resolución" (Sentencia de casación Ref. 198C2015, dictada el 18/01/2016).

Respecto a la omisión de valoración probatoria global (ii), también designada como discriminación o selección arbitraria de prueba, cabe mencionar que éste es uno de los errores que pueden afectar la motivación *intelectiva de la resolución judicial, y consiste en dejar de ponderar de manera integral medios o elementos de valor decisivo, defecto que se deduce de lo preceptuado en los Arts. 179 y 394 Pr. Pn., y se configura en el supuesto que: "Se* escogen ciertas pruebas que determinan la suerte del fallo sin motivar suficientemente por *qué se* las ha privilegiado; y al contrario, se desechan elementos de juicio sin decir por **qué** se toma esa decisión" *(RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander, y ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel, Lógica Jurídica y* Motivación de la Sentencia Penal, Escuela Judicial, San José de Costa Rica, 2002, P. 137, subrayado suplido).

Aunado a lo anterior, esta Sala ha establecido que la obligación de valoración integral del acervo probatorio se ve modificada en segunda instancia, atendiendo al agravio aducido por la parte impetrante, por ser éste el límite del ámbito de competencia de la Cámara, conforme al Art. 459 Pr. Pn. En ese orden, se ha sostenido en decisiones anteriores: *"cuando se reclama en casación que el tribunal que ha conocido de la apelación ha infringido su obligación de valorar integralmente las pruebas disponibles con arreglo a la sana crítica, es necesario verificar si por virtud del motivo de apelación admitido, el tribunal de segunda instancia se hallaba ante esa obligación de apreciación del material fáctico, lo cual depende básicamente* del alcance de *la impugnación"* (Sentencia de casación Ref. 115C2013, dictada el 12/07/2013).

Así entonces, cuando las Cámaras de segunda instancia conocen de un motivo de apelación que requiere análisis del acervo probatorio, por no recaer sobre puntos de estricto derecho, no cabe duda que han de priorizar aquellos elementos de valor decisivo que sean útiles y pertinentes para dar respuesta al planteamiento de los impetrantes; pero, deben manifestar las razones que con-

dujeron a excluir o restar mérito a otros elementos de convicción; pues, en caso contrario, se configuraría una discriminación arbitraria de las probanzas. Cabe señalar que el ejercicio analítico del tribunal de segundo grado en los motivos relativos al acervo probatorio, no debe ser entendido como un "nuevo juicio de primer grado". Por el contrario, la Cámara debe contrastar el resultado de su propio razonamiento intelectivo con las conclusiones valorativas descritas en la motivación de primera instancia; esto le permitirá ejercer válidamente la potestad de confirmar, anular, reformar o revocar las decisiones emanadas del Juez sentenciador *(Cfr.* Sentencia de casación Ref. 113C2015, de fecha 27/07/2015).

En lo concerniente a la separación de reclamos de forma y fondo en la vía recursiva (iii), es oportuno mencionar que tradicionalmente ésta ha sido una de las directrices básicas de las sedes judiciales con competencia en materia de impugnaciones, lo que se veía justificado por los efectos diferenciados de cada una de estas categorías; ya que se consideraba que al estimarse un motivo referido a la infracción de las normas de procedimiento sólo cabía anular la actividad defectuosa y ordenar el reenvío de la causa; mientras; que, al identificarse un yerro relativo a la inobservancia de la ley penal sustantiva, lo que se consideraba procedente era corregir directamente la violación normativa, dictando el fallo que estuviese ajustado a derecho.

Ahora bien, las tendencias doctrinales recientes procuran potenciar la aplicación de la justicia en el caso concreto, lo que ha conllevado a superar la distinción radical y tajante entre causales de forma y fondo en la fase recursiva. Por una parte, se acepta la posibilidad de hacer uso de la potestad de enmendar directamente la violación de ley en ciertos errores procesales, cuando se visualice que el eventual reenvío sería cumplido como mera formalidad, al resultar manifiesto que se arribará inexorablemente a un determinado resultado *(Cfr.* Sentencia de casación Ref. 25-CAS-2015, pronunciada el 13/01/2016).

Además, en la actualidad se reconocen tipologías integradoras como la figura denominada "violación indirecta de la ley sustantiva", que consiste en un proceso de construcción equívoca del razonamiento judicial con incidencia en la aplicación de la ley penal sustantiva, es decir, cuando existen errores en la valoración probatoria que hayan tenido el efecto reflejo de provocar una incorrecta subsunción de los hechos en el marco jurídico aplicable.

Desde luego, cuando se analiza esta tipología de defectos, el orden natural que debe seguirse para darles respuesta adecuada, es dilucidar si en verdad existe el error atribuido al juicio probatorio, y en caso de comprobar positivamente que éste concurre, corresponde determinar si tal yerro ha tenido la entidad suficiente para distorsionar la calificación jurídica del marco fáctico *(Cfr.* Sentencia de casación Ref. 419C2015, de fecha 13/09/2016).

7.4.- En el presente asunto, se advierte que el colegiado de alzada sostuvo que estaba conociendo de un defecto de índole procesal (Consideración 385). Pese a ello, la mayoría de razones plasmadas en la resolución impugnada para responder al agravio aducido por la agencia fiscal, son de orden sustantivo. Cabe señalar que este proceder no es equivocado en sí mismo, puesto que como se ha explicado en párrafos anteriores, se ha venido superando la distinción tajante entre reclamos procesales y materiales; además, la Cámara pudo haber identi-

ficado una eventual violación indirecta de la ley sustantiva, a partir del razonamiento intelectivo de primera instancia que se sometió a su control, pero en tal supuesto debió explicar que iba a reconducir el abordaje del motivo.

Sin embargo, al ceñirse a los argumentos planteados por el fiscal, conforme al principio de congruencia en la vía recursiva, correspondía agotar primero la ponderación de los diferentes elementos de convicción cuya errónea valoración había sido objetada en el recurso de alzada, y una vez extraídas las inferencias lógicas que se derivasen de estos elementos, quedaba habilitado el colegiado de alzada para formular el análisis de derecho sustantivo que fuese pertinente.

Por el contrario, el colegiado de alzada decidió no considerar individualmente los elementos de evidencia que se enumeraban en el motivo de apelación, sino que realizó un juicio genérico sobre parte de este material (declaraciones de coimputados) para luego formular ciertas reflexiones sobre la autoría y la tipicidad de los hechos que no estaban sustentadas en las inferencias probatorias o en la plataforma fáctica acreditada.

Este proceder se contempla nítidamente en el razonamiento expuesto para confirmar la absolución de los imputados [...], en el cual la sede de alzada en lugar de ponderar los testimonios, documentos y pericias que la representación fiscal había señalado como erróneamente valorados, indicó un juicio genérico sobre las afirmaciones de lo coimputados: *"Consideración 392.- La acreditación de los miembros de la estructura delincuencia! es una circunstancia que, a diferencia de* otras, *no puede derivarse exclusivamente de la información que al respecto aporten los coimputados favorecidos con criterio de oportunidad, no porque sus deposiciones no merezcan fe, sino por la interpretación que éstos tienen de la estructura. Por lo tanto, aun cuando los coimputados señalen a varias personas como integrantes de la organización criminal, debe analizarse la función* concreta *que se les atribuye a cada uno de ellos, para así determinar si* efectivamente *son elementos pertenecientes a la asociación o, por el contrario, son colaboradores accidentales* o *instrumentos dentro de la planificación o ejecución de las actividades delincuenciales"* (subrayado suplido).

Es conveniente destacar que desechar el dicho de los coimputados en el punto de la pertenencia de otras personas a la estructura delincuencial, no constituye en verdad un juicio valorativo sobre los elementos que estaban siendo propuestos en apelación. Además, resulta contradictorio con el razonamiento que la propia Cámara sostuvo en las Consideraciones 83 a 86 de la resolución impugnada, y que este tribunal comparte, en el sentido que conforme al principio de libertad probatoria que rige en el ámbito penal, no existe una regla de prohibición general que impida corroborar la información proporcionada por un coimputado con el dicho de otro coimputado junto al resto de elementos que se extraigan del plexo de evidencias.

Después del juicio genérico ya relacionado, los Magistrados de alzada formulan tres afirmaciones conclusivas de naturaleza sustantiva: (a) Que la conducta de estos sindicados no constituye delito, ya que éstos por su calidad de "trabajadores" fueron utilizados como instrumentos por el procesado [...], quién tenía el dominio del hecho como autor mediato; (b) Para que se configure el tipo penal acusado (Art. 52 LRARD) y se puede sostener que estos procesados

tomaban parte en la estructura delictiva, era necesario acreditar que conocían certeramente datos como el destino y valor de la droga que iba a ser transportada en las caletas o compartimientos ocultos que fabricaron, así como la persona encargada de este transporte; (c) Las conductas realizadas por estas personas están demasiado alejadas del tipo de Tráfico Ilícito para configurar un acto preparatorio punible, indicando que los "coimputados"( sin especificar quienes) hicieron mención que éstos se dedicaban a fabricar caletas o compartimientos en vehículos pero no les atribuyeron otra actividad.

Ciertamente, la autoría mediata es un concepto básico en el ámbito de la participación delictiva, pero para ser aplicado a un asunto particular, es evidente que se requiere partir de una plataforma de hechos acreditados, la cual a su vez tiene que ser obtenida del análisis de elementos de convicción. Esta exigencia elemental que podría resumirse en tres momentos consecutivos: (1) identificar y valorar los elementos probatorios cuya errónea valoración se reclamaba en el memorial de apelación, analizándolos conjuntamente con las demás que obren en el proceso y se relacionen en este punto; (2) determinar los hechos que se demuestren a partir de las inferencias obtenidas de dicho medios probatorios; y (3) calificar jurídicamente el hecho que se haya demostrado.

En el entendimiento de esta Sala, esta secuencia no se ha cumplido en la confirmación de las absoluciones que se viene comentando, ya que como bien lo señala el recurrente en casación, hay juicios conclusivos respecto a la responsabilidad penal de los procesados, verbigracia, que éstos fueron instrumentos de una persona que actuó como autor mediato pero no se ha precisado cuál es el sustrato probatorio de estas afirmaciones.

Incluso, cuando se afirma que la única actividad que los procesados realizaron fue fabricar caletas se dice que este señalamiento se obtuvo de *"las declaraciones de los coimputados"* (Consideración 398), pero la Cámara no especifica de cuál de estas declaraciones se extrajo esta idea, y mucho menos procura efectuar el ejercicio intelectivo de interrelacionar las afirmaciones de cada coimputado que declaró en juicio por haber recibido criterio de oportunidad entre y con los restantes elementos del acervo. Y es que no solamente no se ponderaron los elementos de prueba a los que se hacía énfasis en la alzada. Incluso, no se agotó la motivación descriptiva identificando los fragmentos de los declarantes coimputados y los elementos de otros medios de prueba, cuya omisión de análisis se reclamaba ante el colegiado de alzada, pese a que estos últimos eran muy relevantes ya que podían corroborar lo vertido por los coencartados.

Además, salta a la vista, que la Cámara debió hacer sus consideraciones sobre el material probatorio, para luego contrastarlo con la motivación analítica del proveído de primera instancia, ya que éste era el objeto de control del libelo en estudio.

Para comprender la imperiosa necesidad de reflexionar sobre la prueba y delimitar los hechos que se obtienen de ésta antes de formular conclusiones jurídicas, basta añadir que ciertamente una persona puede realizar una actividad propia de su oficio o profesión, por encargo de otra, como fabricar un compartimiento en un vehículo automotor, desconociendo el uso que se dará con posterioridad a dicho objeto, supuesto en que la conducta no será en abso-

luto contraria a derecho ya que el sentido de su conducta no era realizar actos preparatorios del delito de Tráfico Ilícito internacional sino cumplir una actividad laboral.

No obstante, cabe recordar que existen tipos cuya ejecución suele requerir multiplicidad de actos para lograr el propósito criminal último, por ejemplo, la circulación de droga ilícita en el mercado nacional o internacional, de ahí que cabe acoger la llamada "teoría de los actos neutrales", referida a comportamientos en apariencia cotidianos y adecuados a un rol social o profesional, pero que adquieren relevancia penal cuando se haya exteriorizado previamente un fin delictivo manifiesto, se *"revele una relación de sentido delictivo"* o se refleje la adaptación de la conducta a un plan criminal (Cfr. Sala Segunda del Tribunal Supremo de España, Sentencia N° 91/2014, de fecha 07/02/2014, Ponente: Cándido Conde-Pumpido Touron, Fundamento Jurídico 10°; con mayor detalle, *vid.* ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito. Fundamento y límites,* Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, primera edición, Madrid, 2003, P. 59-61).

Además, conviene destacar que la Cámara alude al procesado [...], como autor mediato de los actos preparatorios para el transporte de sustancias prohibidas que realizaron los sindicados [...]. No obstante, obvia que en el marco de las estructuras delincuenciales, y particularmente las que se dedican al narcotráfico, al terrorismo u otros ilícitos complejos, es aplicable la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización, que permite atribuir responsabilidad al autor que ejecuta el hecho de manera directa junto con aquel que ha ordenado la realización del mismo mediante la cadena de mando de una estructura delincuencial, designándose a este último como *"autor de escritorio" (Cfr.* CHOCLÁN MONTALVO, J. A., "La Criminalidad Organizada. Concepto. La Asociación Ilícita. Problemas de Autoría y Participación", en AA. W., La Criminalidad Organizada. Aspectos Sustantivos, Procesales y Orgánicos, Carlos Granados Pérez (director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, P. 265 — 267).

En todo caso, para dilucidar si estas figuras son de aplicación en el caso particular, resultaba imprescindible acudir al análisis de los elementos de convicción para determinar objetivamente aspectos fácticos como el grado de conocimiento y voluntad de los sindicados respecto al sentido de su conducta o su posible instrumentalización en el marco de la estructura delictiva, en lugar de obviarlos y exteriorizar apreciaciones de derecho que no poseen sustento probatorio. Por ello, es factible concluir que la motivación del proveído de alzada es **incompleta** en los puntos que se han descrito con antelación.

Frente a esta palpable falta de abordaje de elementos probatorios, a pesar que éste era imperativo de acuerdo al punto de queja admitido, la mención de que concurre Insuficiencia probatoria" respecto a la pretensión estatal contra los imputados se encuentra totalmente privada de sustento, cuando no se ha cumplido adecuadamente la motivación descriptiva y analítica, y tampoco lo están las apreciaciones de derecho sobre una eventual instrumentalización.

Ante ello, existe un vacío trascendente en el fallo objetado que deja sin justificación la conclusión arribada respecto a la ausencia de responsabilidad penal de los encartados en mención. Por lo apuntado, habrá de casarse la decisión de la alzada, específicamente en el extremo relativo a la confirmación de estas

absoluciones, ordenándose el reenvío de la causa, para que se realice un nuevo examen del motivo de apelación de la agencia fiscal.

En cuanto a los límites del reenvío, cabe precisar que aunque la agencia fiscal acusó también a los tres imputados referidos por el delito de Tráfico Ilícito Internacional, se ha verificado que en el memorial de alzada, únicamente se cuestiona la absolución de éstos por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, de modo que la absolución por el primer delito mencionado no será sometida a nuevo examen."

CORRESPONDE ANULAR SENTENCIA CUANDO LA VALORACIÓN DE LAS DECLARACIONES OMITIDAS JUNTO CON LA PRUEBA QUE EXISTE EN EL PROCESO, DA LUGAR A LA POSIBILIDAD DE MODIFICAR LO DECIDIDO POR EL TRIBUNAL DE SEGUNDO GRADO

**"7.5.-** Ahora bien, respecto a la confirmación de la absolución de [...], por los delitos de Tráfico Ilícito Internacional y Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, el abordaje del tribunal de alzada difiere en parte del supuesto de los tres procesados cuyos razonamientos se explicaron con antelación.

Al tratar de este aspecto de queja, la Cámara proveyente aludió directamente a uno de los elementos de convicción que la Fiscalía consideró valorados erróneamente en su impugnación, ya que destacó extractos de la declaración del coimputado […], que se refieren a la actividad atribuida a la procesada [...], señalando que iba a examinar estos datos con *"especial atención".*

La Cámara afirma que es lógico que el coimputado declarante indique que la encartada [...]., transportaba droga junto a su cónyuge, […], también procesado en esta causa, ya que se conducían en el mismo vehículo, pero esto no puede ser tornado como "revelador de un mismo propósito criminal". Además, la Cámara señala que no se ahondó en el contrainterrogatorio respecto a la forma en que la imputada en comento se adhería dinero al cuerpo para efecto de movilizarlo junto a su cónyuge y como lo corroboró [...]. Para el colegiado de apelación, la declaración del testigo [...], no es específica, y deja margen para formular una hipótesis en contrario respecto a la intervención delictiva de la encartada. De lo apuntado, concluye dicha Cámara que la absolución decretada en primera instancia debe confirmarse (Consideraciones 403-404).

En principio, pareciera que se ha cumplido el orden lógico de análisis al que se hacía referencia en el anterior fundamento jurídico, ya que la conclusión arribada se presenta soportada en la información extraída de lo declarado por uno de los órganos de prueba, al que se identifica con precisión. No obstante, como lo señala el fiscal recurrente sólo se consideró a uno de los declarantes mencionados en el motivo de apelación, dejando de lado al coimputado […]; tampoco menciona el informe de la empresa [...] y los movimientos migratorios de la persona procesada. Por lo tanto, la omisión de valoración integral de elementos de convicción que señala el impetrante, efectivamente concurre en este punto.

Corresponde entonces a esta Sala, determinar si los referidos elementos cuya ponderación fue omitida por el colegiado de alzada, poseen la entidad sufi-

ciente para modificar la decisión adoptada en este aspecto; para lo cual, habrá de acudirse al método de la inclusión mental hipotética, ejercicio intelectual que implica suponer el efecto de incorporar la prueba omitida al razonamiento judicial.

En particular, al examinar la declaración del coimputado […], que se encuentra descrita en la resolución de primera instancia, de Fs. 47,864 a Fs. 47,910, se identifica que viene a corroborar el dicho de […], respecto a que la imputada [...], tenía una función específica, ya que según afirma el referido dicente ella *"viajaba con Don [...], a dejar dinero a Costa Rica"* (sic) y sabiendo que su presencia servía para dar la apariencia que este desplazamiento formaban parte de un *"viaje familia(* (Fs. 47,871).

Este señalamiento tiene que ser interrelacionado con el contenido global de la misma declaración, en la que se menciona que era una forma común de operar en la estructura delictiva para movilizar cantidades de dinero en países centroamericanos, a ser utilizadas en la adquisición de la droga, bajo la apariencia o cobertura de viajes familiares, habiéndose indicado que estas funciones son semejantes a las atribuidas a las imputadas [...], a las que si se les condenó por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, Art. 52 LRARD, partiendo de la declaración consistente de los coimputados y de los elementos de corroboración que avalaban su dicho.

De lo anterior, se infiere que haber sido consideradas ambas declaraciones se hubiese podido identificar la coincidencia entre éstas, lo que a su vez, al ser considerado con los restantes elementos que menciona la Fiscalía, verbigracia, los informes de movimientos migratorios y el informe de una empresa de transporte en relación a viajes en el territorio centroamericano, que a su vez vendrían a corroborar externamente el dicho de los coencartados, cabe prever razonablemente que se podría modificar lo decidido por el tribunal de segundo grado; por lo cual, habrá de anularse parcialmente la decisión de la alzada, en el extremo relativo a la confirmación de la absolución de la referida procesada, ordenándose el reenvío de la causa a otro tribunal para que se emita un nuevo pronunciamiento sobre el motivo de apelación de la agencia fiscal, específicamente en este punto."

DEFECTO DE MOTIVACIÓN INCOMPLETA AL NO DESCRIBIR NI PONDERAR LOS ELEMENTOS PROPUESTOS EN LA IMPUGNACIÓN PLANTEADA

**"7.6.-** Corresponde analizar ahora lo relativo a la confirmación de la absolución del procesado [...], por el delito de Actos Preparatorios, Proposición, Conspiración y Asociaciones Delictivas, descrito en el Art. 52 LRARD.

Este aspecto fue abordado por los Magistrados de alzada en las Consideraciones 405 a 410 de la resolución impugnada, no se contempla referencia específica a los elementos de convicción cuya errónea valoración se invocaba en la alzada; más bien, se formulan apreciaciones a partir del *"mismo marco fáctico del cual parte la acusación",* las que llevaron a concluir que el aporte del imputado podría corresponder a una colaboración externa a la estructura delincuencial y que es atípica respecto del delito previsto en el Art. 52 LRARD,

existiendo la posibilidad que se trate de un delito distinto contra la Administración Pública, sobre el cual no puede pronunciarse por no haber sido acusado.

Además, sin hacer análisis específico de los elementos contenidos en las declaraciones de los coimputados o del dictamen de análisis físico de teléfonos de fecha veinticinco de septiembre del año dos mil trece, practicado por el técnico [...], cuya ponderación requería el motivo alegado, el colegiado de apelación se extiende en señalar la ausencia de elementos documentales que corroboren la información que el sindicado [...], supuestamente transmitía al procesado [...], en particular, las rutas en las que no habría retenes policiales que obstaculizasen el transporte de drogas.

No resulta atinado el proceder de la Cámara, pues la adecuada fundamentación como ya se ha explicado en párrafos anteriores, requiere al aplicador de justicia la exteriorización de razonamientos probatorios, fácticos y jurídicos de acuerdo al alcance de la impugnación planteada, sin limitarse a la mera remisión al contenido de la acusación fiscal, aunque desde luego, ésta tiene su función procesal propia, como parámetro delimitador del objeto de enjuiciamiento.

En decisiones anteriores, esta Sala ha indicado que no es correcto que el tribunal de alzada fije la calificación jurídica de un hecho punible, basándose únicamente en los hechos acusados y obviando la prueba producida y discutida, sosteniéndose: *"Llevan razón los recurrentes al expresar que dicho proveído adolece del defecto de falta de fundamentación, pues el andamiaje argumentativo en el que el tribunal de alzada basa su decisión,\ no es el perteneciente a las pruebas recibidas durante* el *debate — de las cuales no hace mención alguna —sino* por *el contrario, su argumento lo finca en la acusación fiscal...el análisis debió partir de la realidad procesal inmersa en la sentencia de Primera Instancia, teniendo como premisa esencial: los* hechos *acusados, la prueba vertida en juicio, la valoración realizada por* el *A-quo, así como las conclusiones a las que éste arribó, ya que ésta era la resolución apelada* por la *representación fiscal y no la relación de hechos contenida en la acusación"* (Sentencia de casación Ref. 258C2015/420C2015 [Causa Acumulada], de fecha 15/07/2016).

Entonces, también concurre en este extremo, el defecto de motivación incompleta, ya que la Cámara no describió y tampoco ponderó los elementos propuestos en la impugnación planteada. Tampoco, hizo alusión a la coherencia y logicidad de los razonamientos intelectivos expresados por el tribunal de primera instancia. Por el contrario, se circunscribió a plasmar una conclusión jurídica basada en una discutible interpretación de los hechos acusados, ignorando el material probatorio y los juicios de primera instancia.

Sin duda, al no haberse construido el razonamiento jurídico como silogismo resultante de las proposiciones fácticas acreditadas, y a su vez ésta debió construirse a partir de los elementos de convicción. Por lo apuntado, la conclusión adoptada se encuentra privada de sustento racional, de ahí que la confirmación de la absolución del procesado en comento, también será anulada, ordenándose el reenvío de la causa a otro tribunal para que de manera independiente, imparcial y debidamente motivada emita un nuevo pronunciamiento sobre el motivo de apelación planteado por la agencia fiscal."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 149C2016, fecha de la resolución: 28/10/2016*

## VÍCTIMAS MENORES DE EDAD

PODER DISCRECIONAL DEL JUZGADOR PARA LLEVAR A CABO EL INTERROGATORIO DE SU DECLARACIÓN

"Con relación al yerro admitido, la recurrente se refiere a la oportunidad de interrogar que la ley otorga al tribunal, específicamente y la interrupción de la declaración de la menor, en síntesis dice: "...En ese sentido el Sentenciador tenía la facultad de interrogar a la menor víctima-testigo pero, esto quedaba limitado al tema del derecho de defensa de las partes haber terminado con el interrogatorio de la fiscalía y luego el de la defensa lo que significa que no puede INTERRUMPIR más grave es cuando en la sentencia del tribunal inferior no especifica el por qué ya no siguió declarando la menor...". "...EI Juez Sentenciador, al interrumpir a la menor aun cuando estaba siendo interrogado por la fiscalía debió conceder el interrogativo a la defensa en ese entonces del señor […], algo que no se realizó dando lugar a la vulneración del derecho de defensa...". (Sic).

La impugnante señala que la actuación del sentenciador ha sido violatoria del principio de imparcialidad judicial, Art. 186 Inc. 5 Cn., y que no obstante ello, la Cámara ha avalado la misma, expresando en lo medular de su proveído: "... no sin antes haber advertido que si observaba que la menor tuviese problemas para declarar se escucharía el video consistiendo en la declaración anticipada de la menor rendida en cámara Gessel, en lo expuesto anteriormente es factible desprender que dicha menor en ningún momento rindió su declaración en la vista pública, desconociéndose las razones del por qué no pudo hacerlo pues el sentenciador no da razón de ello, manifestando únicamente que dicha menor no pudo rendir su declaración...". (Sic).

En atención al punto reclamado, oportuno es hacer énfasis en los poderes discrecionales que el Juzgador tiene al momento de llevarse a cabo el interrogatorio en una declaración, especialmente cuando se trata de menores, Arts. 209, 213 y 378 Pr. Pn., en donde éste ha de controlar la actividad de las partes, especialmente en cuanto a la forma y contenido de las preguntas y respuestas, según como lo establece el Art. 213 Pr. Pn.: "...Las partes harán las preguntas de manera clara y sencilla, resguardando la integridad psíquica y moral de la persona menor edad, y cuando sea necesario el Juez conducirá el interrogatorio con base en las preguntas formuladas por las partes. El juez que preside podrá valerse del auxilio de los padres o del representante legal del menor o en su caso de un pariente de su elección o de un profesional de la conducta, en los casos de declaraciones de menores de doce años esta disposición será de aplicación imperativa...". (Sic).

Dada la imparcialidad del juzgador, su calidad de sujeto supra partes y sobre todo el carácter eminentemente contencioso del proceso, la búsqueda de la verdad sobre los hechos ha de fluir de la confrontación entre las partes, que son las encargadas de interrogar y contrainterrogar a la víctima, testigo o perito, salvo supuestos excepcionales en los que el tribunal puede interrogar personalmente."

LEY PROCESAL PENAL ESTABLECE LAS REGLAS QUE PERMITEN UN TRATO ESPECIAL PARA LA RECEPCIÓN TESTIMONIAL DEL MENOR

"Ahora bien, cuando se trata de un niño, niña o adolescente el que expone su declaración debe considerarse que su testimonio no puede asimilarse en su forma de producción al testimonio de una persona adulta. Se requiere de un trato diferenciado, precisamente por la desigualdad que existe entre una persona menor de edad y una adulta. Para ello, la Ley Procesal Penal ha determinado una serie de reglas que hacen que el testimonio de los menores reciba un trato especial en cuanto a la forma de su recepción. (Véase Arts. 51 literal d) y 52 LEPINA, Art. 3 No. 1 y Art. 12 No, 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Entre ellas, se tienen: 1) A declarar en ambientes no formales; 2) El testimonio recibido como anticipo de prueba deberá trabajarse para ser reproducido de esa manera en la vista pública, lo cual significa que el menor ya no declarará en el juicio; 3) Que el declarante no puede ser sometido a presiones para contestar al interrogatorio o el contrainterrogatorio; 4) Que la persona no adulta puede ser interrogada por el presidente del tribunal conforme a un cuestionario de preguntas que presenten las partes y que se aprobará por el tribunal; y, 5) Que en el interrogatorio del menor puedan estar presentes su parientes, o un experto en ciencias de la conducta, para que brinden facilidades al menor en su testificación. (Véase lo que sistemáticamente se desprende de los Arts. 106 No. 10 Lit. e), 213, 305 Inc. 2° No. 5 Pr Pn.)

En ese contexto, pertinente es mencionar que uno de los aspectos más relevantes en el testimonio de niños, niñas y adolescentes, es la diferenciada dimensión que adquiere el derecho de defensa material, específicamente, el derecho al careo (regulado en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, Art. 14.3 literal e) PIDCP y Art. 8.2 literal e) y f) CADH) el cual se ve limitado dada la vulnerabilidad propia de los niños, niñas o adolecentes cuando se encuentran sometidos a un interrogatorio judicial, debiendo siempre ponderar ambos intereses jurídicos, el de defensa y el interés superior de éstos.

Lo anterior, ha sido previsto en aras de que prevalezca siempre la protección a niñas, niños y adolescentes, sobre todo cuando se prevé que pueden resultar graves perjuicios para la indemnidad de éstos, razón por la que la ley contempla la posibilidad de que su declaración sea rendida en condiciones especiales que le permitan salvaguardar su integridad, tal es el caso del uso de los medios electrónicos o de teletransmisión como la videoconferencia; lo que impide que los mismos tengan que estar cara a cara con su agresor, resguardando, desde luego, los principios que rigen el juicio oral."

CORRECTA FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA

"Ahora bien, trayendo a cuenta lo expuesto en los párrafos que anteceden al caso en concreto, esta Sala advierte que el reclamo indicado por la gestionante debe ser rechazado, ya que al ser analizado el proveído impugnado, claramente se advierte que su invocación es una falacia; para demostrar tal situación se

transcribe la parte necesaria de la providencia en la que el tribunal de alzada se pronunció al respecto: "...ha de aclararse al apelante que el sentenciador no ha violentado ninguno de los principios a que hace relación, ya que, tal como consta en el acta de vista pública, si bien es cierto el testimonio de la menor fue ofrecido en el dictamen acusatorio y así fue admitido, ha de advertirse que a un inicio empezó a ser interrogada la referida menor, pero luego el Juez expresó que: "se deja constancia que la víctima no pudo rendir su declaración, por lo que se procedió a retirarla de sala y se procedió a escuchar el video en (Sic) cual se encuentra en custodia en este Tribunal (Sic). Visto y escuchado el video sin ningún problema, se continuó con la prueba testimonial", no sin antes haber advertido que si observaba que la menor tuviese problemas para declarar, se escucharía el video consistente en la declaración anticipada de la menor rendida en cámara Gesell...". (Sic)

Asimismo, al verificar en el proveído proferido por el Tribunal Segundo de Sentencia de Santa Ana, se observa lo sostenido al momento de referirse a la declaración de la menor víctima en su intervención en la vista pública, indicando: "...En lo medular dijo tener diez años de edad y que vive con su papá y mamá en (...) que no se recuerda lo que le pasó; no lo sabe, ya no se recuerda. (al comenzar a declarar de esta manera la menor este Juzgador detuvo el interrogatorio a la misma, por parte de la Representación Fiscal, en razón de haberse admitido su declaración anticipada en cámara Gessel y para evitar la revictimización de la misma, pues claro tiene este Juzgador que dicha menor también fue admitida como víctima para que declarará en vista pública)...". (Sic)

En ese sentido, trazado lo anterior, resulta evidente que lo alegado por la recurrente no tiene ningún asidero, en virtud de que, contrario a lo por ella afirmado, se plasmaron las razones del por qué se interrumpió que la menor continuara declarando durante el desarrollo de la vista pública, lo cual guarda sentido con el análisis previo que se realiza en esta sentencia, al expresar la importancia que tiene el hecho que el Juzgador haga prevalecer, como en este caso, el interés superior de la menor víctima, evitando que se origine algún perjuicio al ser expuesta a la presión de rendir de nuevo su declaración, cuando ésta lo ha realizado previamente en una declaración anticipada, bajo los presupuestos que la ley para ello ha estructurado (cámara Gessel) para efectos de salvaguardar su indemnidad.

En esa tesitura, no se debe perder de vista que las personas en su niñez y adolescencia tienen una especial condición de desventaja en todo sentido, y se les debe brindar una mayor protección jurídico-penal, pues por su edad, como en este caso diez años, se considera que no han alcanzado un nivel de desarrollo que les haga aptos para enfrentar un interrogatorio de adultos del que puedan resultar perjudicados producto de una revictimización; además, el ambiente cargado de formalidad, como es el acto de la vista pública, puede incapacitarlos para comprender el sentido y el significado del interrogatorio en el que se les hace intervenir.

Aunado a lo anterior, debe ser tomado en cuenta el esfuerzo de la legislación nacional como internacional, en el sentido de rodear al niño de una serie de garantías y beneficios que lo resguarden en el proceso de formación y desarrollo

de la infancia hacia la adultez, circunstancia que ha dado nacimiento al principio del interés superior del menor para la resolución de conflictos, en los que se vea involucrado este sector de la población tan vulnerable, y que es víctima en innumerables ocasiones de delitos como el presente.

Por todo lo expuesto a lo largo de la presente resolución, no procede acceder a las pretensiones de la recurrente, al no existir el defecto enunciado; en consecuencia, el fallo impugnado debe mantenerse incólume, por encontrarse apegado a derecho."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 264C2015, fecha de la resolución: 18/01/2016*

RECIBIDA LA DECLARACIÓN BAJO EL MECANISMO DE ANTICIPO DE PRUEBA PUEDE REALIZARSE EN CUALQUIER ETAPA DEL PROCESO, SIEMPRE QUE EL TESTIGO SEA MENOR DE DOCE AÑOS

"El recurrente aduce que existen dos medios de prueba —el anticipo de prueba de la menor víctima en Cámara Gessell y el análisis comparativo de ADN- los cuales habrían sido incorporados extemporáneamente por cuanto la etapa de instrucción ya había precluído.

En relación a la prueba anticipada de la menor víctima, la Cámara expresó: "... En ese orden de ideas, se detecta que el anticipo de prueba de la declaración de la víctima en Cámara Gessell se realizó o practicó el 27 de febrero de 2014 y la audiencia preliminar se celebró el día 12 de marzo de 2014, entonces la instrucción no había finalizado, haciendo ver que la defensa técnica participó en dicho acto procesal; ahora bien, se reconoce que para la Audiencia Preliminar no se contaba con la formalización del "resultado" de esa prueba, ya que el Juzgado de primera instancia del puerto de la Libertad lo recibió hasta el 17 de marzo de 2014 y como se ha indicado la audiencia preliminar había sido el 12 de marzo de 2014, y consta a su vez que éste lo remitió al tribunal de sentencia el 6 de mayo de 2014 y el 9 de mayo de 2014 el tribunal de sentencia lo recibe y la vista pública se realizó HASTA el 14 de octubre de 2014, todo lo anterior se acredita a folios 70, 90, del 156 al 159 y folios 164 del expediente penal remitido ..". (Sic).

Asimismo indicó la Cámara que "... Sin embargo, como se relacionó anteriormente se trata de un anticipo de prueba en el que participó la defensa técnica, entonces sería incoherente que hoy se haga inferir como agravio que la defensa no conocía los "resultados de esa prueba" previo a la audiencia preliminar, si directamente dicha parte técnica percibió y controvirtió esa prueba en la fase de instrucción, al margen que se haya incorporado formalmente en otro momento y que haya sido otro defensor quien asistía al imputado...". (Sic).

Por otra parte, la Cámara, en relación a la segunda prueba, señaló lo siguiente: "...En cuanto al acto urgente de comprobación referente al análisis comparativo de ADN, se practicó en fechas 31 de enero de 2014 y 14 de febrero de 2014 en imputado y víctima, luego de elaborarse el oficio, se transcribió el resultado el día 24 de febrero de 2014 y se recibió en el juzgado de primera instancia del Puerto la Libertad el día 7 de julio de 2014 vía correo nacional, y en efecto la audiencia preliminar se había realizado el citado doce de marzo

de dos mil catorce, por lo tanto es un hecho que materialmente no se tuvo al momento de la audiencia preliminar, pero véase que se practicó en la fase de instrucción ...". (Sic).

De los párrafos anteriormente citados, se advierte que no es cierto lo que la Cámara afirmó que las referidas pruebas fueron practicadas en la fase de instrucción, pues, según se ha constatado por parte de este Tribunal, fue en el dictamen de acusación en el que la representación fiscal solicitó su práctica y, a su vez, las ofrece como tales, Fs. 44-45. En ese sentido, cabe recordar que, conforme a las reglas que rigen el proceso penal actual, los sujetos procesales deben sujetarse al momento oportuno para el ofertorio de prueba previsto en la ley, lo cual, como la Sala lo ha sostenido reiteradamente, se fundamenta en el Principio de Legalidad y en el Principio de Preclusión Procesal, el cual tiene por objeto ordenar las actuaciones mediante el cierre definitivo de las sucesivas etapas del proceso. Conforme a lo dicho, la no producción de una prueba en tiempo agota la posibilidad de hacerlo posteriormente, en este caso se dice que hay preclusión cuando no es cumplida la actividad dentro del tiempo dado para hacerlo, quedando así clausurada dicha etapa procesal. (Véase sentencia Ref.196C2015 de fecha cuatro de enero del año dos mil dieciséis).

Al respecto, la ley indica la fase procesal para la práctica de pruebas —instrucción formal- y una vez clausurada ésta, las partes no tienen posibilidad de incorporar nuevas evidencias, salvo los limitados supuestos regulados en el Art. 358 Pr. Pn., previsto a favor de las partes procesales diferentes del acusador, o aquellos en que, de manera excepcional, la ley permite al acusado, en virtud del derecho de defensa material, solicitarlo en una etapa posterior.

En el presente caso, la representación Fiscal solicitó, fuera del plazo de instrucción formal, la práctica de los citados medios de prueba, los cuales fueron llevados a cabo por orden del Juez de Instrucción el que, a su vez, los admitió en el auto de apertura a juicio de Fs. 75 al 77, no obstante no estar agregados materialmente al proceso, al haberse omitido su remisión por las entidades correspondientes.

Consta además, contrario a lo sostenido por la Cámara, que la defensa se opuso de manera oportuna, a la realización de las mismas; por lo cual, habiéndose llevado a cabo la práctica de estas en la fase intermedia del proceso, previo a la celebración de la Audiencia Preliminar, lo sostenido por Cámara respecto a la falta de reclamo carece de fundamento.

No obstante lo anterior, esta Sala considera que respecto a la declaración de la menor víctima, recibida bajo el mecanismo de anticipo de prueba, la misma puede realizarse en cualquier etapa del proceso, siempre que, en casos como el presente, el testigo sea menor de doce años; lo que, a criterio de este Tribunal, no es un obstáculo interpretativo lo previsto en el Art. 305 Inc. 1° No. 5 Pr. Pn., para que dicha declaración se realice fuera del plazo de instrucción; sobre todo si se tiene en cuenta el principio del interés superior de los niños y niñas recogido en los Art. 12 y 52 Inc. 2° de la LEPINA, que, en el de autos, la menor víctima aunque es mayor de doce años (tenia trece años al momento de su declaración) era posible tomar su deposición bajo tal mecanismo, aún durante la fase intermedia y en la vista pública inclusive.

A su vez, como lo indica la Cámara, sería incoherente que se haga inferir como agravio que la defensa desconocía los resultados de esa prueba previo a la audiencia preliminar, ya que dicha parte técnica percibió y controvirtió esa prueba al momento de su realización, al margen que se haya incorporado materialmente en otro momento (vista pública). Por lo que, respecto de este medio de prueba, no se configura el vicio alegado."

EXCLUSIÓN DE VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL NO INVALIDA LA SENTENCIA CUANDO AL APLICAR EL MÉTODO DE INCLUSIÓN MENTAL HIPOTÉTICA NO HACE VARIAR EL PROVEÍDO

"En relación al análisis comparativo de ADN, se tiene que, como ya se expresó, éste, no fue practicado en el momento procesal oportuno —fase de instrucción- y siendo que quien solicitó su realización como acto urgente de comprobación fue el agente fiscal, el vicio se configura.

Sin embargo, dicha prueba, a criterio de la Sala, no ostenta el carácter decisivo que permita anular la decisión, pues, la exclusión mental hipotética del referido dictamen pericial en nada modifica el hecho de que el imputado haya consumado el delito de Violación En Menor o Incapaz, cuya autoría se mantiene incólume sobre la base de las demás pruebas producidas durante el juicio, como el reconocimiento médico forense de genitales, peritaje psicológico efectuado a la menor víctima, análisis de biología forense N. C-358-13, acta de captura en flagrancia en contra del sindicado, certificación de la partida de nacimiento numero doscientos doce, declaración de la menor víctima como prueba anticipada, declaración del testigo captor en flagrancia, O. A. V. R., por lo que no procede la nulidad del proveído por este motivo.

En vista de lo anterior, y pese a las deficiencias argumentativas detectados en la sentencia de Cámara no existe en el presente caso un interés jurídico procesal para anular dicho proveído, por lo que la sentencia de confirmación debe mantenerse inalterable."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 240C2015, fecha de la resolución: 17/03/2016*

## VÍCTIMAS

CREDIBILIDAD DE LA DECLARACIÓN

"Se pretende la infracción de los arts. 179 y 394 CPP en relación con el art. 478 n°4 CPP por inobservancia de la sana crítica en la valoración de prueba decisiva, defecto de motivación fáctica que según el recurrente ha recaído concretamente sobre la declaración de la víctima […] en relación con el reconocimiento de medicina forense que le fue practicado.

Los específicos errores que el recurrente atribuye a la fundamentación del fallo de confirmación se resumen como sigue: 1) Que se asigna credibilidad a la víctima, no obstante que ocultó información al haber denunciado los hechos

dos años después de cometidos. 2)El dictamen de medicina legal no confirma el ataque violento contra la voluntad de la víctima que ha sido objeto de denuncia, sumado a la vida sexual activa derivada de la convivencia marital en la que se encontraba al tiempo del referido peritaje. 3) La declaración es contradictoria al no recordar los días de los ataques, pero si los detalles del modo en los que fueron cometidos. 4) La víctima ha expresado varias versiones de los hechos, primero denunció por un delito y después agregó otro, sin que se hayan aclarado las razones del cambio. 6) La falta de otras pruebas que confirmen dicha declaración.

2) En torno al imperativo de los tribunales de apelación de pronunciase sobre las contradicciones decisivas existentes en el conjunto de pruebas valoradas en primera instancia, esta sala en la sentencia de casación 91C2013 de las doce horas del veinticuatro de julio de dos mil trece, siguiendo el precedente 20-CAS-2008, interpretó que *"Como parte del poder jurídico asignado a los jueces penales para valorar libremente la prueba en forma integral y con arreglo a la sana crítica (arts.162 inc.4° y 356 inc.1° CPP) se encuentra la obligación de emitir un pronunciamiento preciso sobre las contradicciones, inconsistencias o incoherencias de carácter decisivo que las partes encuentren en las distintas pruebas acumuladas en el caso".*

Sin embargo, la expresada facultad resolutiva debe ser ejercida en la medida de los agravios planteados y admitidos, lo cual ha sido concebido así por esta sala desde la sentencia de casación 99C2012 de las doce horas del cinco de noviembre de dos mil doce, en la que se dijo: *"La regulación del recurso de apelación en materia penal le confiere al tribunal competente para resolverlo amplias facultades para examinar integralmente el fallo de primera instancia, tanto en su aspecto jurídico como fáctico, pero condiciona que esa función de control se realice dentro del alcance de los respectivos motivos de impugnación, es decir que son estos los que por regla van a delimitar el objeto sobre el que recaerá la sentencia de segunda instancia, lo que encuentra explicación en el principio dispositivo que impera en el dominio de nuestro sistema de recursos judiciales, que hace descansar la extensión de la actividad revisora en el interés legítimo de las partes de que se corrijan los errores que les afectan".*

Finalmente, en la sentencia 89C2012 de las nueve horas con cuarenta minutos del doce de octubre de dos mil doce, se argumenta bajo qué condiciones es que el control casacional sobre la sentencia de apelación puede trascender hacia el fallo de primera instancia, así: *"el recurso de casación en principio no es un medio idóneo* para *impugnar la valoración probatoria realizada en la sentencia de primera instancia, ya que para este efecto la ley habilita el recurso de apelación; sin que esto deba significar de manera tajante que los ejercicios valorativos de ambas instancias se encuentren enteramente desligados, puesto que tratándose del mismo proceso penal y que por lo general el material probatorio será común, no es extraño que una determinada forma de inobservancia a la sana crítica en la que haya incurrido la sentencia de primer grado, pueda subsistir en la sentencia que resuelva la apelación, y por ende exista interés de replantear la discusión del asunto en casación, pero en estos casos deben cuidar las partes, que la impugnación casacional esté encaminada a enmendar aque-*

*llos errores de argumentación fáctica que se localicen en la sentencia de alzada, sin perjuicio de referirse a la sentencia originaria en la medida necesaria que lo requiera la contextualización del respectivo agravio".*

A lo anterior hay que agregar que, en la medida que los motivos de apelación lo exijan, el tribunal de segunda instancia puede controlar la valoración de las testificales practicadas en el juicio en todo lo que de ellas ha sido objetivado en la documentación procesal existente. Tratándose de la sentencia de segunda instancia, aquél capítulo fáctico eventualmente puede ser controlable por la vía casacional cuando se invoca el motivo de infracción a la sana crítica, que comprende tanto el examen sobre la estructura formal del razonamiento probatorio (justificación interna), como el grado de suficiencia y razonabilidad del soporte empírico con que las pruebas respaldan ese razonamiento (justificación externa) a fin de verificar si la decisión está basada en una mínima actividad probatoria de cargo, producida con observancia de las garantías del debido proceso, como condición para la deconstrucción válida del estado de inocencia que tutela a todo acusado por delito.

En ese orden, apelación y casación son los recursos judiciales previstos en el ordenamiento jurídico salvadoreño para hacer efectivo el derecho del imputado condenado por delito a que el fallo de condena sea examinado integralmente en sus fundamentos fácticos y jurídicos, derecho reconocido en el art. 8.2. h de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, y art.14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

**3)** Examinada la sentencia recurrida en lo concerniente a los puntos de agravio, resulta que el recurso deberá desestimarse ya que no existe la violación de ley pretendida por el casacionista. Así, se ha constatado que la sentencia de apelación contiene una argumentación probatoria válida, que comprende su estructura formal y el sustento probatorio del cual derivan sus conclusiones fácticas. De manera concreta, el tribunal de apelación ha razonado acerca de la fundamentación de la credibilidad subjetiva de la víctima, señalando la ausencia de contradicciones internas esenciales, la persistencia y coherencia de la incriminación respecto del acusado, la concordancia con los dictámenes forenses (médico, sicológico y social).

3.1) En cuanto a que la víctima no especificó las fechas de los ataques sexuales denunciados, la cámara expresa: *"Si bien la víctima no pudo precisar en la vista pública la fecha exacta en la que ocurrió el hecho al señalar solo que sucedió a finales de noviembre y principios de diciembre de dos mil doce, pero que no podía recordar la fecha exacta; esa sola circunstancia resulta ser insuficiente para desacreditar su dicho, pues teniendo en cuenta que a dos años cuatro meses aproximadamente desde la fecha de los hechos (...) resulta lógico que la ofendida no pueda recordar con exactitud el día de los hechos, pero esa situación no es óbice para tener por cierto lo que ella declaró, ya que no existe ningún elemento probatorio que hubiese podido desacreditar su dicho, puesto que los testigos de descargo presentadas como son su propia madre [...] y su hermana [...], en ningún momento ha depuesto en el sentido de contradecir sus afirmaciones en relación al imputado (...) ellas aducen no creer en las afirmaciones de la de la víctima ni haberse dado cuenta de los hechos, y es lógico pues*

*como expresa la víctima, en esa ocasión solo se encontraba ella y el imputado en la casa".* (págs. 11 y 12).

En lo relativo a supuestas contradicciones en el relato dijo la sentencia recurrida: *"el que haya dicho en vista pública que llevaba pasarrío al momento de la violación, y en otra entrevista haya mencionado que era pantalón, son cuestiones intrascendentes que no determinan falsedad (...) tampoco la circunstancia de que la ofendida haya dicho en vista pública que el hecho ocurrió a las doce horas y en cierta entrevista que fue a las catorce horas, no desacredita su testimonio, puesto que aquí se debe tener en cuenta el tiempo transcurrido desde que ocurrió (...) además que lo que se debe valorar es el testimonio acreditado en vista pública no documentos que no fueron admitidos como prueba (...) los dictámenes periciales constituyen elementos probatorios periféricos que coinciden con el testimonio de la víctima".* (p.18).

Esta sala confirma la razonabilidad de los criterios externados por el tribunal de apelación sobre estos puntos, pues el hecho que la víctima mantuviera una posición consistente respecto de lo esencial de la incriminación, relatando detalles de los ataques sexuales, pero no evocando con la misma precisión aspectos circunstanciales, encuentra explicación en los estudios especializados sobre sicología del testimonio que indican que *"las situaciones con alto contenido emocional llegan a resultar más difíciles de olvidar que si se refirieran a un suceso emocionalmente neutro, llegando a producirse lo que se ha llamado recuerdo de destello";* mientras que *"en lo que se refiere a los detalles periféricos del suceso emocional y a aquella información relacionada con los hechos que precedieron* o *sucedieron a un suceso emocionalmente impactante (...) son recordados con menor exactitud",* en Alonso Quecuty, María Luisa "Creencias Erróneas Sobre Testigos y Testimonios: Sus Repercusiones en la Práctica Legal", Consejo General del Poder Judicial. Delitos contra la libertad sexual. *1997, p. 407-449.*

3.2) En cuanto a que la demora en la presentación de la denuncia comprometa la credibilidad de la víctima, la sentencia de segunda instancia dice: *"No lo había hecho porque tenía miedo que cumpliera esas amenazas hacia ella y hacia su familia, que no recibe ningún apoyo de su madre hasta esta fecha, que al contrario hace poco ella la llamó para amenazarla y reclamarle que porque ha hecho esto y decirle que ella miente y que hasta puede ir presa y que mejor retire la demanda".* (P. 17).

Más adelante agrega: *"Las razones por las cuales la víctima no denunció de inmediato el hecho, fueron las circunstancias del temor que infundió el procesado a la ofendida al decirle que si denunciaba el hecho ella era la que podía ir presa, porque él era policía, además la amenazaba con pandilleros al aducir que ellos lo respaldarían y le causarían daño a ella o a su familia"* (p. 18-19). *"Hasta que la víctima se sustrajo del seno del hogar de su madre donde convivía con ella, el imputado y sus hermanas, en mayo de dos mil catorce, en que pudo sentirse con la libertad y el valor suficiente para encarar y denunciar la situación que le había acontecido".* (p.19).

Al respecto, se aprecia que el razonamiento de la cámara está respaldado en elementos probatorios extraídos de la declaración en juicio de la víctima, que indican que ella estuvo en una condición permanente de amenaza desde la

comisión de la acción delictiva, dado que habitaba en la misma casa en la que vivía el imputado, quien era su padrastro y además gozaba de la confianza de la madre de la víctima, todo lo cual la colocaba a ella en una situación existencial de indefensión y vulnerabilidad que explica el porqué no denunció de inmediato a su agresor. Confirma la robustez de este criterio, el hecho que la denuncia es formulada al cesar dicha cohabitación y hacer su vida independiente la víctima."

VALORACIÓN EN CONJUNTO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL Y PERICIAL

"3.3) En lo referente a que el dictamen de medicina legal no corroboró el ataque físico que describe la víctima en su declaración, y que a esto se suma la vida sexual activa de ella al tiempo de practicarse dicho peritaje, la *sentencia de apelación expone, sobre lo primero: "Si bien el reconocimiento de genitales no aportó ninguna señal de la que pudiera concebirse un acceso carnal violento reciente, eso resulta natural, pues el reconocimiento médico de genitales se practicó (...) aproximadamente un año nueve meses después de ese acontecimiento" (pág. 12). "La pericia de genitales positiva de lesiones no debe considerarse como una prueba sin la cual no pueda acreditarse elementos el delito de violación, puesto que el acceso carnal en contra de la voluntad de la víctima puede establecerse con su testimonio, siempre y cuando sea totalmente convincente" (pág. 15). En cuanto a lo segundo, que "la víctima admitió ser una persona sexualmente activa desde los dieciséis años (...) dijo tener once meses de estar acompañada, por lo que resulta lógico que (...) los hallazgos en la región genital de la víctima no arrojan elementos determinantes al caso en concreto". P. 17.*

Contrario a la alegación del recurrente, esta parte de la argumentación fáctica de la sentencia impugnada da cumplimiento a la sana crítica, pues al hacer la valoración de la testifical de la víctima y del dictamen de medicina legal, se concluye razonadamente que la ausencia de vestigios de violencia física en el cuerpo de la víctima obedece al proceso de regeneración natural producto del tiempo transcurrido entre la acción delictiva y la práctica del examen forense (aproximadamente un año nueve meses), pero que reivindicando el principio de libertad probatoria (art. 176 CPP) ello no es obstáculo jurídico para acreditar la existencia de la violencia material empleada con base en la misma testifical de la ofendida, más cuando de acuerdo a las circunstancias en las que el delito fue cometido, éste se desarrolló utilizando además violencia moral (amenazas) y fue cometido en un ámbito cerrado (la vivienda en la que cohabitaba el grupo familiar), en el cual el acusado tenía una posición de poder fáctico sobre la víctima, por ser el padrastro de ésta, y fundamentalmente porque gozaba de la credibilidad y confianza de la madre de aquélla. En adición a lo anterior, la sentencia de apelación valora integralmente y en conjunto esos dos medios probatorios con el peritaje sicológico, el cual constató alteraciones en la salud psíquica de la víctima, que fueron razonablemente vinculadas con los delitos atribuidos al acusado.

Asimismo, la sana crítica exige, tal como se hace en la sentencia de apelación, que en la valoración de las pruebas testimoniales y periciales disponibles, se tome en consideración las circunstancias sociales, culturales, ambientales y personales, de los sujetos activo y pasivo involucrados en el delito, lo cual ha

sido razonablemente aplicado en el presente caso al evaluar las acciones cometidas por el acusado en el contexto de intimidación seria y grave en el que se hallaba la víctima, en atención al perfil subjetivo del atacante y la condición de dependencia, vulnerabilidad e indefensión en que estaba la ofendida."

INEXISTENCIA DE MENDACIDAD EN LA DECLARACIÓN AL OCULTAR INICIALMENTE LA AGRESIÓN SEXUAL SUFRIDA

"3.4) También alega el impugnante el hecho que inicialmente la víctima denunció por Acoso Sexual y después agregó el delito de Violación, cuestionando que no se explicaron las razones de esta variación. Sobre este punto, se colige que tampoco hay razón para invalidar el argumento probatorio de apelación, pues al ser sometida la víctima a interrogatorio en la vista pública aclaró que *"denunció al imputado por acoso sexual y amenazas, que no denunció la violación porque tenía pena de declarar que había sido violada, pero después ella habló con el señor psicólogo y a él le dijo lo que le había pasado y éste le manifestó que tenía que decirlo a la fiscalía (...) y fue que ella se lo dijo a la fiscal".* Es decir, que el fallo está respaldado en datos probatorios que justificaron la inicial actitud omisa de la víctima para relatar en toda su amplitud el ataque sexual sufrido, así como que existe la base empírica suficiente para sostener que la postura mostrada con posterioridad, señalando que también fue víctima de violación, fue determinada por la sensación de confianza inducida por la intervención del sicólogo forense, y no constituye un indicio de mendacidad como lo sugiere el recurso."

AUSENCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEN FALSEDAD DE LA DECLARACIÓN

"3.5) Finalmente, para acreditar la credibilidad de la víctima como órgano de prueba la sentencia expresa: *"su testimonio no ha sido desmerecido o contradicho por ningún otro medio de prueba" (pág.12).* La declaración ha sido persistente en cuanto a la incriminación del imputado, en las pericias médica, sicológica y social, resultando éstas confirmatorias de aquélla.

Es oportuno recordar que, tratándose de la prueba testimonial, el mandato de fundamentación contenido en el art. 144 inc.2° CPP requiere la expresión de las razones por las que el testigo resulta creíble o no creíble. Por lo tanto, no basta una mera afirmación de confianza en la declaración testimonial, sino que habrá que establecer esa credibilidad en forma razonable, con base en datos que objetiven ese criterio. Sin pretender una enumeración cerrada, entre otras pautas deben considerarse los siguientes: a) La ausencia de móviles que manifiesten una intención de perjudicar al acusado, ya sea por la concurrencia de algún sentimiento espurio (odio, resentimiento, enemistad, etc.); b) La verosimilitud del relato, derivada de su logicidad, que esté apoyada en prueba de corroboración; c) La persistencia en la incriminación, que comprende un relato sin modificaciones esenciales, sin ambigüedades, ni contradicciones de fondo.

La sentencia de apelación aquí examinada cumple con dicho estándar de motivación fáctica, al justificar credibilidad de la víctima en la ausencia de elementos que indiquen la falsedad de la declaración, en la persistencia incrimina-

toria de la deposición, en su consistencia interna, carente de contradicciones esenciales, en la concordancia con los dictámenes forenses, sicológico, médico y social, material incriminatorio que fue contrastado con las prueba testificales presentadas por la defensa, que fueron valoradas en forma legal por el tribunal, respecto de las que concluyó que no refutan el relato de la víctima. Por consiguiente, la sentencia impugnada no ha incurrido en la violación de ley que se le atribuye en el recurso, resultando válido el razonamiento en el que se basa la decisión de confirmación."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 320C2015, fecha de la resolución: 19/01/2016*

## VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ

ALCANCES DE LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

"De acuerdo con el recurso presentado, el inconforme denuncia como vicio de la sentencia la insuficiencia en la fundamentación del Tribunal de Segunda Instancia, ya que a su criterio la Cámara no expresó en su resolución los motivos o fundamentos tomados en consideración para dar crédito o restárselo a las pruebas ofertadas, admitidas e incorporadas al debate, mismas que según el recurrente no fueron analizadas en su conjunto, siendo dicha omisión un defecto que habilita casación, conforme al Art. 478 No. 3 Pr. Pn. De acuerdo a sus razonamientos, el Tribunal de Apelación, siguiendo con la misma línea del Tribunal de Primera Instancia, se basa en una única prueba para confirmar la pena impuesta, contraviniendo la exigencia jurídica de la motivación que obliga al juzgador a analizar la prueba una a una y luego todo en su conjunto.

Además, arguye que en el presente caso no se presentó la prueba testimonial de la adolescente víctima, ni de su representante legal, para que se valorara con la demás prueba presentada; mientras que lo que ocurrió, fue que la Cámara se basó únicamente en la prueba científica de ADN, para confirmar el fallo elevado en apelación, cuando a su juicio era necesario valorar la deposición de la víctima; en ese sentido, expone que se ha incurrido en falta de fundamentación, por el hecho de que la sentencia se ha basado en la valoración de ciertos elementos probatorios, excluyendo arbitrariamente otros. A esta tesitura, continúa agregando que de la lectura de la resolución pronunciada por la Cámara, se puede advertir que se obvia valorar la declaración de la testigo de descargo […]., mismo que, a su criterio, era decisivo para el caso concreto.

La Sala considera que **el motivo recién expuesto debe de ser desestimado,** por los argumentos que serán planteados a continuación.

1.- En principio debe indicarse que esta Sede ha sido constante en precisar que la obligación de pronunciar resoluciones debidamente motivadas, es un imperativo inexorable que debe ser atendido por los jueces al momento de pronunciar sus decisiones judiciales (Véase similar criterio en sentencia 255C2013 de fecha 09/01/2015). Este deber de motivación, tiene sus cimientos en la confi-

guración del Estado de Derecho mismo, pues, un sistema jurídico basado en la legalidad descansa, esencialmente, en que de la fundamentación de las resoluciones judiciales dependa la legitimidad del mismo.

Sobre los alcances de la motivación resultan ilustrativas las afirmaciones de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español, que señala: *"... la motivación ha de extenderse a los aspectos fácticos, a los jurídicos y a las consecuencias de los mismos. Pero del mismo modo se ha relativizado esa exigencia cuando se trata de hechos o aspectos no controvertidos, en relación con los cuales la falta de motivación expresa no determina la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva... La motivación tiene por objeto principal establecer la inteligibilidad de la resolución judicial, por lo que, como se ha dicho en otras ocasiones, no es necesario motivar lo que resulta obvio."* (Véase STS 3894/2015 de fecha 23/09/2015).

En ese orden de ideas, el deber de fundamentar las sentencias deviene precisamente de la obligación de motivar las resoluciones, ordenando a los jueces manifestar de manera clara y coherente las razones, mediante las cuales arriban a determinadas conclusiones, mismas que deben de pender indefectiblemente del acervo probatorio que fue inmediado por el juzgador en el plenario."

PRINCIPIO DE LIBERTAD PROBATORIA

"2.- En el caso de mérito, el reclamo respecto de la falta de fundamentación se centra básicamente en dos aspectos: a) En el desfile probatorio no se valoró el testimonio de la víctima, ni de su representante legal; el primero, a su juicio, tenía un estatus especial; b) Se excluyó de la valoración probatoria la declaración de la testigo […]., que a su juicio era decisiva para cambiar el resultado del fallo.

El principio de libertad probatoria, implica dejar al juzgador la libertad de apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, el cual es un sistema de valoración probatoria que impone al juez valorar en su conjunto todas las pruebas vertidas en juicio, explicitando cuáles son las que estiman para dar base al juicio lógico, así como aquellos que excluye por no ser de utilidad; hay que decir que esta exigencia de valorar en conjunto a las probanzas, abarca precisamente aquellos elementos de prueba que fueron inmediados por el juzgador, y que efectivamente desfilaron en el plenario, en el cual la contraparte tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción respecto de los mismos.

El reclamo del recurrente, como antes se indicó, se orienta en dos vías, en la primera parte está dirigido a que no se valoró un testimonio que no fue vertido en la vista pública, es decir, el testimonio de la adolescente víctima. Al respecto, véase que la víctima estaba ofrecida como testigo de cargo por parte del Ministerio Público, pero que finalmente no asistió a la audiencia de vista pública, por lo tanto, no puede alegarse la omisión de la valoración de dicho testimonio, porque éste ni siquiera desfiló por el plenario, es decir, que la jueza no tuvo la oportunidad de inmediarlo y, en consecuencia, no podía valorar el mismo, pues, a pesar

que se ofertó, finalmente no se produjo en el debate oral, no habiendo ejercitado sobre el mismo los principios de inmediación ni contradicción."

VIOLENCIA NO ES UN ELEMENTO DEFINITORIO DEL TIPO PENAL

"Por tanto, es incorrecto aseverar que hay una insuficiencia de fundamentación y violación a las reglas de las sana crítica por este aspecto, pues, la aplicación de este sistema de valoración probatoria se refiere a las pruebas desfiladas en juicio, y no a las pruebas que únicamente fueron ofertadas, pero no introducidas en el debate oral, como es el caso del testimonio de la adolescente víctima. Al respecto la Cámara señala, que el hecho de que la víctima no se apersonó a declarar resulta irrelevante, ya que si de su testimonio se hubiera inferido la no violencia en la relación sexual, ello sería intrascendente para la configuración del tipo penal de violación en menor o incapaz, en tanto, la violencia no es un elemento definitorio del mismo; además, refuerza su tesis señalando que la Jueza de Primera Instancia realizó una valoración adecuada de las pruebas ofrecidas y desfiladas en el plenario, indicando que la prueba científica de ADN reflejó, sin lugar a dudas, el acceso carnal entre el acusado y la víctima, quien al momento de los hechos tenía la edad de catorce años, dato que se pudo inferir de la fecha de nacimiento de la víctima y de la fecha de nacimiento de la persona menor de edad hija del encartado y de la adolescente ofendida, elemento fáctico que tipifica lo sancionado por el Art. 159 Pn.

Así, de acuerdo a lo razonado por la Cámara, con el bagaje probatorio desfilado en vista pública, se comprobaron las relaciones sexuales entre la víctima y el imputado, y con la prueba de ADN practicada a la hija de la adolescente víctima, se demostró el parentesco entre ésta y el imputado, y se dejó claramente establecida la responsabilidad penal del encausado, denotando que, pese a la falta del testimonio de la víctima, hubieron otros elementos de prueba documental, testimonial y pericial, sobre los cuales se fundamentó la declaración de responsabilidad penal del sindicado."

IMPOSIBILIDAD DE VERTER EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA EN EL PLENARIO, NO ES OBSTÁCULO PARA TENER COMO ACREDITADOS LOS EXTREMOS DEL DELITO

"Por tanto, el hecho de no haberse vertido en el plenario el testimonio de la víctima, no fue obstáculo para que se tuvieran como acreditados los extremos del delito, e igualmente no puede invocarse la falta de fundamentación respecto de este punto, en tanto, como ya se dijo, al no haberse producido dicha prueba, no era posible para la Juzgadora de Primera Instancia, ni para la Cámara de Segunda instancia, emitir una valoración en tal sentido. Adicionalmente, sobre la denunciada incomparecencia a declarar de la representante legal de la víctima al plenario, esta Sala advierte que efectivamente la madre de la ofendida rindió su testimonio en vista pública, en calidad de testigo de cargo, mismo que forma parte del acervo probatorio que sustenta la condena del imputado. Razones por las cuales no asiste la razón al impetrante en este punto del reclamo."

UNIÓN MATRIMONIAL ENTRE EL AGRESOR Y LA VÍCTIMA REALIZADA CON POSTERIORIDAD A LA ACCIÓN DELICTIVA NO PUEDE CONSIDERARSE COMO ELEMENTO EXCULPATORIO

"3.- Siguiendo con la línea argumentativa del inconforme, el vicio de falta de fundamentación, también se sustenta en que no se tomó en consideración el testimonio de la única testigo de descargo, quien era hermana del imputado; a juicio del impetrante, la declaración de […]., al probar el vínculo matrimonial entre el procesado y la víctima, establecía la inexistencia del elemento intelectivo y volitivo de la conducta del sindicado, es decir, que acreditaba la ausencia de dolo en la acción del inculpado, dando como consecuencia la imposibilidad de atribuirle responsabilidad penal al mismo.

Sobre este particular, la Sala advierte que el Tribunal de Alzada no hizo referencia expresa a este tema en su resolución, sino que efectúo una apreciación de manera global respecto de la fundamentación de la sentencia que se realizó en Primera Instancia, indicando: *"En el presente caso, se observa que la Jueza arribó a un juicio condenatorio mediante una valoración adecuada de las pruebas ofrecidas y destiladas durante el juicio (...)",* y determinó la decisividad de la prueba científica en el caso de autos. En esa misma línea, esta Sede advierte que, si bien el Tribunal de Alzada no se refiere a la testigo manifiestamente, sí hace reflexiones en torno al contenido esencial de su declaración, cuyo objeto, tal como el impetrante sostiene, era probar la existencia de la unión matrimonial del encartado y la víctima.

En relación al mencionado asunto, la Cámara sostiene: *"En cuanto a la tesis de la defensa, que por el hecho de haber contraído matrimonio el imputado con la víctima se le debe de excluir de responsabilidad penal, ya que su propósito es formar una familia; se determina que la Juez acertadamente consideró que el deseo de consolidar una familia, no fue el objetivo primordial ni especifico del acusado (...)".* Tal conclusión fue deducida a partir de que la celebración del mencionado matrimonio, tuvo lugar con posterioridad al nacimiento de la hija que tienen en común el sindicado y la adolescente víctima, y a la fecha de interposición de la denuncia (Véase fs. 8 de la sentencia de segunda instancia).

Sobre este punto, esta Sala es coincidente con Alzada, ya que no puede considerarse como elemento exculpatorio la unión matrimonial realizada con posterioridad a la acción delictiva; puesto que de los hechos acreditados queda evidenciado que la intención del imputado no fue en un primer momento constituir una familia, sino que por el contrario, los datos empíricos indican que dicho acto jurídico fue celebrado como una estrategia de defensa del inculpado, mediante la cual buscaba que su acción quedara impune, y legitimada en el matrimonio contraído.

En efecto, esta Sala entiende que el matrimonio de la víctima con el ofensor no hace desaparecer el reproche sobre la conducta criminal, la cual ha menoscabado la indemnidad sexual de una persona menor de edad, que no tenía la capacidad física e intelectual para conocer el significado del acto sexual que realizaba. Así, considerar que la unión matrimonial es una causa que hace desaparecer la responsabilidad penal, conllevaría a equiparar los delitos contra la

indemnidad sexual con los delitos contra el honor, pues sólo así se justificaría que mediante ese acto civil, se consideraran como resarcidos los daños ocasionados (En similar criterio falló la Corte Constitucional de Guatemala, Sentencia 2818-2005, de fecha 17 de marzo de 2006).

Dicha interpretación iría en detrimento del verdadero papel que desempeña la mujer en la sociedad, pues implicaría encasillarla en el pensamiento tradicional, de que su honor como persona sexualmente activa depende de la unión filial legal con una persona del sexo masculino; y que aconteciendo que una mujer ha sido víctima de violencia sexual, basta con que el agresor se una a aquella en matrimonio, para que se legitime dicha violencia; de tal manera, que una lectura de esa naturaleza al mismo tiempo implicaría tergiversar el fin protector del tipo penal, pues, lo que el legislador persigue es la protección del bien jurídico indemnidad sexual, con el objeto de asegurar la libertad sexual, el equilibrio psíquico y el correcto desarrollo de la personalidad de las personas menores de edad y de los incapaces.

Al mismo tiempo, no puede dejarse de mencionar que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer, de la cual El Salvador es parte, es clara en prescribir el compromiso de los Estados, respecto de tomar medidas para: *"Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres";* en ese sentido, puede apreciarse que ha sido certero el criterio de la Cámara, al no considerar como dato exculpatorio el matrimonio entre el agresor y la víctima.

Sin embargo, como ya se señaló *supra,* el Tribunal de Apelación no hizo referencia expresa a la deposición de la testigo de descargo. No obstante ello, teniendo a la vista el expediente judicial, se constata que efectivamente la Jueza de Sentencia valoró la declaración de la mencionada testigo, indicando que con su deposición: *"corroboró la existencia del vínculo matrimonial entre imputado y víctima (...)".*

Esta Sala advierte que si bien la Cámara incurrió en una omisión, al no brindar respuesta expresa al reclamo del recurrente sobre la falta de valoración del mencionado elemento de prueba, ello no genera un agravio para el inconforme, ya que, tal como se manifestó anteriormente, se observa que en la decisión que culminó en la condena del imputado, efectivamente se tomó en cuenta el testimonio de descargo de la testigo […]., así como también se analizó por parte de la Cámara el contenido básico de la declaración de la misma".

CONDUCENTE INFORMAR A LA SECCIÓN DE INVESTIGACIÓN PROFESIONAL SOBRE ACTUACIÓN DE NOTARIO QUE AUTORIZÓ UN MATRIMONIO CON LA CONCURRENCIA DE UNA TESTIGO INHABILITADA POR LA LEY PARA TAL EFECTO

"A su vez, esta Sede no omite señalar que tras la aplicación del método de inclusión mental hipotética, en virtud del cual lo que se dice omitido se incorpora mentalmente a la decisión de la Cámara -quien omitió pronunciarse al respecto-,

se obtiene como resultado que la decisión se mantiene, aun cuando se hubiera explicitado la incidencia de la deposición de la testigo en mención, misma que no es decisiva en el caso de autos, pues, no aporta datos exculpatorios de la conducta del imputado y únicamente da cuenta del vínculo matrimonial que une al encausado con la víctima, en razón de ello, no se altera la decisión de fondo, por tanto se cuenta con un acervo probatorio suficiente para sustentar la tesis de la condena. En razón de lo anterior, es procedente mantener inalterable el fallo de la Cámara, rechazando acceder a las pretensiones del recurrente.

Al margen de lo anterior, este Tribunal advierte que el reclamante, en sus alegatos, señala que la hermana del imputado se apersonó al acto de matrimonio en calidad de testigo, este dato es consistente con el testimonio de escritura matriz, que se encuentra agregado al expediente judicial; en tal sentido, esta Sala como garante de la legalidad, observa que el Código de Familia, en su Art. 26 inciso 2° prescribe: *"No podrán ser testigos del matrimonio los dementes, los ciegos, los sordos, los condenados por delitos de falsedad, contra el patrimonio, o contra los bienes jurídicos de la familia, no rehabilitados, ni los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o por adopción de alguno de los contrayentes o del funcionario autorizante.",* quedando en evidencia la inobservancia de dicha norma por parte del notario Jesús Antonio L. C., quien autorizó un matrimonio con la concurrencia de una testigo inhabilitada por la ley para tales efectos, como lo era la hermana del contrayente, comprobándose un desapego a lo dispuesto por la norma, razón por la que es conducente informar a la sección de investigación profesional sobre dicha actuación notarial."

CONTRAVENCIÓN A LA LEY EN TANTO NO ES PROCEDENTE LA APLICACIÓN DE EXCARCELACIÓN, COMO MEDIDA CAUTELAR, EN RAZÓN DEL TIPO DE DELITO SENTENCIADO

"Finalmente, esta Sala no pasará desapercibida la existencia de un error de derecho en la sentencia de primera instancia, que fue confirmada por la Cámara de Segunda Instancia de la Tercera Sección de Oriente de San Miguel, y se procederá a pronunciarse sobre dicho defecto de oficio. Esta sede ha advertido que en la parte dispositiva de la sentencia de Primera Instancia, se postula: *"El imputado se encuentra en estos momentos sometido a las medidas sustitutivas a la detención provisional, por considerarse que tiene arraigo domiciliar y laboral y en vista que se ha hecho presente a las convocatorias a audiencias programadas, se considera no necesario decretar la detención provisional, debiendo cumplir con las medidas impuestas por el Juzgado Segundo de Paz y Segundo de Instrucción de La Unión, hasta que se declare firme la presente sentencia"* (Sic).

La procedencia de las medidas sustitutivas, encuentra su regulación en el Art. 331 Pr. Pn., y en el inciso segundo el legislador es claro en prescribir: *"No procederá aplicar medidas alternas ni sustituir la detención provisional, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, delitos contra la libertad sexual (...)".* Dado que en el presente caso, nos encontramos ante la presencia de un delito contra la libertad sexual, de los que trata el Título IV, Capítulo I del Código Penal, la actuación de la Jueza de Sentencia de La Unión

claramente contraviene lo establecido en la ley procesal penal, en tanto no era procedente la aplicación de excarcelación como medida cautelar, por imperio de ley, en razón del tipo de delito ante el que se encontraba sentenciando.

El anterior yerro no fue advertido por la Cámara de Alzada, la cual en su fallo confirmó en todas sus partes la sentencia definitiva condenatoria del Tribunal de Sentencia de La Unión, lo que por supuesto abarca la confirmación del defecto en la aplicación de la medida sustitutiva a la detención provisional; obviando realizar lo que a derecho correspondía, que era subsanar el error de derecho, ordenando la captura del procesado, a efectos de que éste se mantuviera en prisión preventiva, siendo la única medida cautelar que de acuerdo a la ley puede ser impuesta, hasta la declaratoria de la firmeza de la sentencia condenatoria que fue dictada en su contra".

REENVÍO DE LA CAUSA A LA CÁMARA DE ORIGEN A EFECTO DE QUE ORDENE LO QUE A DERECHO CORRESPONDA RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS EN QUE ACTUALMENTE SE ENCUENTRA EL PROCESADO

"En ese orden de ideas, esta Sala ordenará el reenvió de la presente causa a la Cámara de origen, para que se pronuncie conforme a derecho y dicte las medidas correctivas, respecto de la aplicación de las me sustitutivas en que actualmente se encuentra el encartado; ejercicio para el cual no tendría obstáculo alguno, puesto que el Art. 475 Pr. Pn., ha conferido facultades amplias a los tribunales de alzada, pudiendo efectuar un control sobre los hechos y el derecho, lo que incluye, desde luego, el análisis fáctico que conlleva decidir sobre la aplicación de medidas cautelares, aspecto que a esta Sala le está impedido realizar (Criterio sostenido en las sentencias 131-CAS-2012, de fecha 06/01/2014 y 141-CAS-2012, de fecha 05/11/2013)."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 317C2015, fecha de la resolución: 06/01/2016*

CORRECTA IDENTIFICACIÓN FÍSICA DEL IMPUTADO AUNQUE NO SE TENGAN TODOS SUS DATOS DE FILIACIÓN

"El recurrente como primer motivo indicó la violación de los Arts. 83 y 253 Pr. Pn., por cuanto no se practicó reconocimiento en rueda de personas para acreditar que al sujeto que la víctima conoce como [...], es el mismo procesado [...].

En relación a lo manifestado por el impetrante, consta en la sentencia de mérito que la Cámara resolvió lo siguiente: *"... si bien es cierto -como lo afirma el abogado apelante- que no se practicó reconocimiento en rueda de personas para acreditar que al sujeto que la víctima conoce como [...] es el mismo procesado [...], no es menos cierto que, haciendo uso de las reglas de la sana crítica, el señor Juez A quo tuvo por superado aquel extremo, específicamente valorando la prueba testimonial y las circunstancias en que se suscitó la captura del imputado que, indefectiblemente, hacen concluir que el ahora condenado [...] si ha sido legalmente identificado e individualizado dentro del proceso ...". (Sic).*

Por otra parte, expresa el tribunal que: *"… el apelante cuestiona que en vista pública el testigo […] no hizo un señalamiento contra el imputado sino que, únicamente refirió en que su hija le comento "que había tenido algo que ver con el señor aquí presente", lo cual desmerita el mismo apelante por considerar que "en el juicio habían muchas personas"; sin embargo, tal apreciación no es más que una simple inconformidad, pues si bien es cierto en la vista pública pudieron haber muchas personas, también lo es que acusada del delito de violación en perjuicio de la menor […] sólo había una, en este caso el imputado [...] y contra él es que los testigos de cargo estaban declarando ...". (Sic).*

Ahora bien, los anteriores consideraciones de la Cámara fueron extraídas del contexto sentencial de primera instancia, del cual fue clara en manifestar que de lo declarado por la menor víctima, su padre y su tía, el sentenciador había establecido la identidad del acusado; haciendo énfasis en que la menor víctima lo identificó como el excuñado de su hermana mayor, al cual estimaba como a un tío.

Asimismo, expresa la Cámara, que el juzgador señaló que la menor manifestó que días después de haber sido accesada carnalmente por el imputado, éste se presentó ebrio a la casa de su tía, quién de inmediató llamó a la policía, la cual se constituyó en el lugar en compañía del padre de la menor víctima, procediendo a la detención de aquél; extremos fácticos que fueron corroborados en juicio por el agente captor […].

En ese orden de ideas, esta Sala estima que los razonamientos esgrimidos por la Cámara para desestimar lo alegado por el apelante, responden al haber probatorio producido en el juicio, teniendo certeza los tribunales de instancia sobre la identidad física del procesado que aunque no se realizó el reconocimiento de ley, eso no impidió tenerle por identificado, pues el acusado no era una persona desconocida para la menor víctima su padre y su tía; no obstante que la menor lo mencionara con el mismo nombre aunque sus apellidos no correspondan al que nominalmente se acreditó en el proceso.

En relación a este punto, el mismo Art. 83 Pr. Pn., invocado como violado, es claro en señalar en su inciso 2º que cuando exista certeza sobre la identidad física de la persona imputada, las dudas sobre los datos personales no alterarán el curso del procedimiento, sin perjuicio de que se rectifiquen en cualquier estado de las actuaciones, incluso durante la ejecución de la pena.

Sobre este aspecto, la Sala ha emitido opinión en los términos siguientes: *"... para poder atacar de nulidad una sentencia por esta circunstancia, no deben surgir dudas sobre la identidad física del imputado, aunque no aparezcan en la misma todos los datos de filiación o todos sus nombres...". Es de hacer notar, que el proceso se constituye contra la persona del imputado y no contra su nombre, siendo esencial la relación entre el imputado y el hecho que se le atribuye...".* (Véase sentencia de la Sala de lo Penal Ref. 36-Cas-2013 y con fecha 06/11/2013).

En consecuencia, este Tribunal considera que el vicio alegado por el recurrente carece de asidero para desvirtuar la participación delincuencial del procesado y, por lo tanto no es procedente acceder a la petición del inconforme, ya que esta Sede estima que el vicio denunciado no se ha configurado en el

caso *sub examen* y deberá mantenerse inalterable el fallo que aquí fue objeto de reclamo."

LEGITIMA INCORPORACIÓN DE ACTA DE DETENCIÓN EN FLAGRANCIA DEL IMPUTADO

"Al analizar el segundo y tercer vicio, esta Sala estima que del tenor literal de sus argumentos se desprende que ambos constituyen en realidad un solo reclamo -incorporación ilegal del acta de captura en flagrancia- de manera que el tratamiento que realizará este Tribunal de Casación ha de entenderse extensivo para ambos motivos.

El recurrente expresa que en autos se habla de un acta de detención en flagrancia agregada a folios siete del proceso, documento que no fue ingresado al juicio de conformidad a lo dispuesto en los Arts. 243 y 249 Pr. Pn; aclararando que ese documento nunca se estipuló conforme a lo establecido en el Art. 178 Pr. Pn., el cual es claro en indicar el procedimiento a seguir para la incorporación de la prueba documental; no obstante, se valoró el acta de captura, aun cuando no fue producida legalmente en el juicio.

En relación a los vicios alegados la Cámara indicó lo siguiente: "*... La ilegitimidad de la sentencia está basada por el apelante en que el señor Juez incorporó información que nunca ingresó de forma legal al juicio, para lo cual hizo énfasis en el acta de captura del imputado, lo cual según el recurrente, no ingresó al proceso de acuerdo a lo establecido por los Arts. 243 y 249 CPP que, en concreto, refiere a la impugnación sobre la admisión de la prueba documental, para cuyo caso, dispone el inciso primero de tales disposiciones, "la parte interesada acreditara su autenticidad durante el interrogatorio de testigos o peritos".*

Asimismo expresó: *"... Ahora bien, parte interesada para el caso en particular no sería el funcionario judicial, sino el mismo apelante y por lo tanto, debió él promover la autenticación del documento que se discute; en otras palabras, la autenticación del documento es una carga para las partes cuando tienen como pretensión la impugnación de la admisión de la prueba documental. Fuera de esos términos la prueba documental podrá ser valorada de manera autónoma, por así disponerlo el Art. 372 Inc. 1º Nº 5 CPP, en relación con los Arts. 139, 140, 275 y 276 CPP. De allí, pues, resulta que el cuestionamiento del abogado apelante es totalmente infundado ...". (Sic).*

En los párrafos citados, se torna evidente la inercia de la defensa en cuanto a la falta de impugnación del referido documento –acta de detención en flagrancia- pues conforme a las reglas previstas en el Art. 243 Pr. Pn., para la autenticación del documento, es preciso una manifiesta oposición de la parte interesada en cuanto a su incorporación al proceso.

La aludida inactividad de la defensa ha estado presente tanto en el momento del ofrecimiento y admisión de dicha acta -audiencia preliminar- como su incorporación durante el juicio.

Asimismo, se advierte que en la vista pública declaró el agente […], quien tuvo a su cargo la detención en flagrancia del imputado, sin embargo, consta expresamente en la sentencia de primera instancia que la defensa se abstuvo

de interrogar al testigo; lo cual vuelve ostensible que el agravio invocado fue consentido por el impetrante.

No obstante lo expuesto, a juicio de este Tribunal, resultó legítima la incorporación de dicha acta, pues al no haber existido oposición en su admisión y posterior producción, la misma fue incluida conforme a la normativa procesal que regula el Art. 372 Nº 5 Pr. Pn., en relación a los Arts. 139, 140, 275 y 276 Pr. Pn., tal como lo consignó la Cámara en su fallo.

Por lo expuesto, los razonamientos que arroja la Cámara no presentan el vicio que le atribuye el impetrante a la sentencia; por consiguiente, resulta improcedente anular la resolución impugnada por los motivos alegados."

TIPO PENAL NO DEPENDE DE LA EXPERIENCIA SEXUAL DE LA VÍCTIMA

"Por último, el recurrente indicó como cuarto motivo que la sentencia carece de fundamentación, ya que los señores magistrados nunca entraron a conocer del fondo de los puntos planteados en el recurso de apelación. Así, en relación a las conclusiones periciales –realizadas separadamente por psicólogas forense del Instituto de Medicina Legal de San Vicente- el recurrente indica que estos elementos de prueba, nunca fueron valorados en su conjunto; esto era importante porque cuando la víctima brindó su declaración dijo que anteriormente ya había sido abusada sexualmente por otro sujeto; y ésta información no la tomó en cuenta el Juez de Sentencia ni mucho menos los magistrados de Cámara.

Igualmente, el recurrente expresa que existe falta de fundamentación de la sentencia impugnada, al manifestar ésta que se comprobó con la certificación de la partida de nacimiento, no sólo la edad de la menor sino la autoría del imputado, afirmando el impetrante la existencia de un flagrante error de interpretación; ya que una cosa es probar la edad de la víctima, y otra demostrar con dicho documento el daño ocasionado y la autoría o participación.

Respecto a lo anterior la Cámara señaló: *"... se orientó el apelante en el dictamen pericial de la psicóloga [...], porque ésta concluyó en que la víctima no presentaba indicadores de afectación emocional relacionados al acoso sexual, pero sí respecto de la experiencia sexual vivenciada. Esta última la cuestionó el apelante en que no corresponde al hecho atribuido al imputado [...], sino al sujeto que primeramente acceso carnalmente a la víctima, por haber manifestado ésta que ya antes había sido abusada sexualmente por otro sujeto (...) sobre el indicado cuestionamiento se tiene también que es un equívoco del abogado defensor, por cuanto el delito sexual atribuido no depende de la experiencia sexual de la víctima sino, de que ésta sea menor de quince años de edad al momento de suceder el hecho, con mucha mayor razón si hubo rechazo de su parte, lo cual en el presente caso se encuentra hartamente probado con la certificación de partida de nacimiento de la joven […] ...". (sic).*

De lo anteriormente citado, se extrae que la Cámara calificó, razonablemente, de equívoco el plantamiento defensoril, pues en los peritajes psicológicos se afirma que la víctima presenta una serie de secuelas a nivel emocional, las cuales son observadas en menores que han estado expuestas a situaciones de abuso sexual -esto por la psicóloga forense [...] - así como afectación emocional

relacionada a la experiencia sexual vivenciada por la menor; conclusión elaborada por la psicóloga [...].

Fue de esta última conclusión pericial, que la Cámara afirmó que el delito sexual atribuido al acusado, no depende -entiéndase su adecuación típica- de la experiencia o vivencia sexual de la menor víctima, sino que el ilícito se configura por haber sido abusada sexualmente la víctima cuando ésta era menor de quince años; que es la exigencia objetiva del tipo penal de violación en menor o incapaz, Art. 159 Pn.; de ahí la importancia de haber tenido en cuenta la certificación de partida de nacimiento de la víctima."

CORRECTA FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA

"Por lo anterior, resulta infundada la interpretación que hace el impugnante respecto de lo resuelto por el tribunal de alzada, pues en ningún momento se ha tratado de probar con la edad de la menor -certificación de partida de nacimiento- la autoría o participación del acusado en el ilícito atribuido.

En consecuencia, no se demuestra la falta de fundamentación de la sentencia alegada en este punto, en virtud de existir en ésta motivación respecto al material probatorio objeto de discusión, que lejos de formarse deducciones ilógicas, está revestida de conclusiones que encuentran un sustento suficiente para coadyuvar en la decisión contenida en el fallo, por ello es procedente declarar sin lugar el motivo alegado."

CORRESPONDE AL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Y NO AL DE SENTENCIA REALIZAR LOS CÓMPUTOS DE LA PENA

"Finalmente, el solicitante indicó que los señores magistrados expresaron -erróneamente- que la falta de la determinación de la pena en la parte dispositiva de toda sentencia no la vuelve incompleta, aun cuando en la misma no conste *"... cuando inicia la pena que se le impone, cuando cumplirá la media pena y cuando las dos terceras partes de la misma ...".* (Sic).

Para el recurrente esto es parte de la falta de fundamentación de la sentencia que realizaron los magistrados, ya que no es posible decir únicamente que es competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Respecto del vicio denunciado la Cámara expresó: *"... basta con aclararle al recurrente, que los referidos puntos, no obstante lo regulado en el Art. 399 Inc. 1º CPP, son competencia funcional básica del Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, lo cual deviene por imperio de la ley según el Art. 37 Nº 5 de la Ley Penitenciaria ...". (Sic).*

Cabe mencionar que esta Sala encuentra que, en efecto, la Cámara explicó al apelante que es competencia funcional del Juez de Vigilancia Penitenciaria hacer los cómputos de la pena, los cuales dicho juzgado determinará; asimismo, cuando se cumplirá la media pena y las dos terceras partes de ésta, de acuerdo a lo regulado en el 37 Nº 5 de la Ley Penitenciaria. Criterio que es compartido por esta Sala, ya que tales atribuciones no se desprenden del citado Art. 399 Inc. 1º Pr. Pn., para el Juez de Sentencia, sino que los mismos corresponden al

funcionario judicial a cargo de la etapa de la ejecución de la pena, como bien lo ha señalado el tribunal de alzada; por lo que, a juicio de esta Sala, no se está ante el vicio de la sentencia regulado en el Art. 400 Nº 6 Pr. Pn.

Por lo expuesto, la situación denunciada por el casacionista no conlleva a ninguna falta de fundamentación o vacío tanto en la sentencia de primera como de segunda instancia; en consecuencia, habiéndose comprobado la inexistencia del vicio aducido, debe declararse que no ha lugar la pretensión del impugnante." *Sala de lo Penal, número de referencia: 408C2015, fecha de la resolución: 25/04/2016*

## VIOLACIÓN

VIOLENCIA COMO ELEMENTO CONFIGURATIVO DEL TIPO PENAL

"1.- Como primer motivo de inconformidad el impugnante aduce la *"Inobservancia o Errónea Aplicación de la ley penal, por aplicación de la norma en una hipótesis no contemplada* en *ella",* basa su reclamo en los Arts. 158 y 36 del Código Penal y 2, 11 y 12 Cn.

Como argumento de inconformidad el peticionario sostiene que en el *sub judice* el *Ad quem* en la aplicación de la norma penal y la valoración de elementos esenciales para acreditar el delito de Violación, partió de una hipótesis no comprendida en la norma, señalando que la Cámara cuando hace referencia al elemento violencia alude no solo a la ausencia de lesiones, sino que también, hace referencia a las condiciones en que se encontraba la víctima debido a la ingesta de bebidas alcohólicas, así como la condición física del agresor y el lugar donde sucedió el hecho, manifestando el impetrarte que dicho razonamiento no tiene que ver con el elemento violencia que requiere el tipo penal, porque el Tribunal de Segunda Instancia habla de debilidad y condición física del autor aun y cuando tal circunstancia no se estableció.

Asimismo, indica que el elemento relacionado previamente es típico del delito de Violación y este puede ser de carácter físico o moral, circunstancia que en criterio del impugnante desvirtúa totalmente el razonamiento de alzada, pues, no queda demostrado que haya existido ni siquiera violencia moral refiriéndose a los peritajes de genitales y psicológicos.

En relación con lo anterior, esta Sala advierte que el Tribunal de alzada hizo referencia al elemento violencia como configurativo del tipo penal y sí consideró la ausencia de lesiones y que los desgarros encontrados en el área genital de la víctima eran antiguos y no recientes, expresando por qué los elementos de prueba en que basó la condena fueron obtenidos e incorporados al juicio conforme a las reglas del debido proceso y que además, tales elementos fueron concatenados con el dictamen psicológico, el reporte de análisis de laboratorio forense, informe de investigación criminalística y las declaraciones de la víctima, con los cuales se arribó a la conclusión de certeza positiva, en el sentido que el imputado [...], sin justificación alguna abusó sexualmente de la víctima en cooperación con el procesado […], y en cuyo favor se ha interpuesto recurso de casación.

A lo largo del proveído objetado, se puede advertir que la Cámara relacionó en el Fs. 52 Vto., párrafo 2° de su sentencia lo declarado por la víctima quien manifestó: *"...después de haber tomado la bebida (Sic) extraña* que le *dieron y la cerveza,* empezó *a vomitar, de tal vomitada* empezó *a sentirse más débil, a tal grado que se quedó dormida en la hamaca que en un inicio la sentaron (...) lo que logro (Sic) despertarla después de un par de horas fue el sonido de su teléfono celular (...) ya se encontraba en una cama (...) y ella estaba sin ropa (...) solamente con brasier y encima de ella estaba [...], completamente desnudo, sintiendo* ella que estaba húmeda de su parte genital, percatándose ella que tenía semen en su vulva; Walter le introdujo el pene en su vulva y por lo débil que se sentía, lo único que le dijo fue "pero no me hagas esto"; que ella por lo mal y débil (...) no podía resistir a la actitud de este sujeto, ya que era más fuerte que ella (...)" (Sic.)."

ESTADO INCONSCIENTE DE LA VÍCTIMA POR ENCONTRARSE BAJO LOS EFECTOS DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS DISMINUYE SU POSIBILIDAD DE IMPEDIR EL ACCESO CARNAL

"La Cámara tuvo por establecido que el acceso carnal no fue consentido, sosteniendo que debido a que su estado de debilidad como consecuencia de las bebidas ingeridas no le fue posible oponerse al abuso sexual del cual fue objeto, dejando ver el *Ad quem* que si bien la violencia puede ser física o psíquica, ella debe revelar una voluntad contraria por parte de la víctima en relación al acceso carnal, estimando el Tribunal de Alzada que tal elemento debe aparecer relacionado de forma causal con el acto sexual no deseado y que debe ser idónea y suficiente de acuerdo a las circunstancias objetivas y subjetivas para lograr impedir la oposición de resistencia por parte de la agredida.

Es de hacer notar, que Segunda Instancia consideró que algunas de las circunstancias mencionadas previamente, son las condiciones en que se encontraba la víctima al momento del hecho, dejando ver que la ausencia de lesiones en el reconocimiento médico forense, no significa necesariamente la inexistencia de violencia justificando el porqué de tal conclusión, cuando manifiesta a Fs. 53 Fte., párrafo 2° lo siguiente:

"...el acceso carnal no fue consentido y la víctima por su debilidad y la superioridad física del imputado doblegó su voluntad, estimando este Tribunal que el juicio de valor que llevó al Juzgador a determinar que el hecho delictivo existió, se fundamenta en el análisis de toda la prueba no solo en el reconocimiento de órganos genitales" (Sic.).

Por otro lado, no se debe obviar que en este tipo de delitos la falta de voluntad de la víctima y su conminación puede ser acreditada por cualquier medio de prueba legal, dadas las circunstancias en que el hecho fue cometido, pues, si se parte de las constancias que obran en el proveído de mérito, se tuvo por probado por las distintas sedes que han conocido del caso, que la víctima se encontraba bajo los efectos de ingesta de bebidas alcohólicas, lo cual disminuyo su posibilidad de resistencia, por lo que en el presente caso no se está ante un simple rechazo sino ante actos que pretendían impedir el acceso carnal.

Es de mencionar que esta Sala no desconoce la posición de la doctrina mayoritaria, orientada en relación a que la víctima oponga obstáculos materiales idóneos para impedir la penetración; sin embargo, es un hecho probado que ésta no pudo resistir, por su estado de inconciencia, tal como fue relacionado en la sentencia a Fs. 53 párrafo 3°, además, el estado de flacidez señalado por el *A quo,* y que es cuestionado por el imputado, tuvo a la base la prueba testimonial que fue inmediada durante la vista pública, pues, los testigos manifestaron que se encontraba acostada en estado inconsciente y el mismo procesado Ch. A., afirmó que no andaba en sus cinco sentidos, habiéndose expresado según consta en el proveído que el testigo [...], sostuvo que lo único que había hecho era ayudar a la muchacha que estaba bien tomada el día de los hechos, advirtiéndose, de lo relacionado *supra,* que el planteamiento del recurrente no tiene razón de ser, puesto que el *Ad quem* ha obrado justificando y fundamentando los parámetros de derivación del pensamiento con los que sustenta el fallo impugnado. Dicho proveído al ser analizado en todo su contexto, resiste el análisis crítico por estar estructurado conforme al principio de derivación."

INCOMPARECENCIA DEL PERITO NO IMPLICA NEGARLE VALOR AL DICTAMEN O QUE SU VALORACIÓN CONSTITUYA UN DEFECTO DE LA SENTENCIA

"2.- En cuanto al segundo motivo de inconformidad el solicitante argumenta la *"Valoración de elementos no incorporados legalmente al juicio* como *base de la confirmación de la sentencia condenatoria".* Con relación a dicho vicio, se sostiene que la Cámara ha violentado los Arts. 11 Inc. 1°, 12 Inc. 2° Cn., y Arts. 144, 174 al 179, 243, 249, 372 N° 1, 386 y siguientes Pr. Pn.

Manifiesta el impetrante que el Tribunal *Ad quem* confirma en su proveído el error cometido por el Juez Sentenciador, pues, la honorable Cámara no consideró que el Código Procesal Penal vigente se basa en una serie de principios y reglas de prueba, las cuales sirven a cada una de las partes como garantía y que además los principios y reglas de incorporación en la actual normativa son distintos porque la introducción y reproducción de la prueba por lectura tiene un carácter excepcional y solo puede darse cuando existe estipulación o acuerdo probatorio de conformidad con el Art. 178 Pr., Pn., y que en caso contrario de conformidad con el Art. 249 Pr. Pn., para la incorporación de la prueba documental a la vista pública se debe seguir el proceso de autenticación conforme a los requisitos establecidos para la producción de prueba y objetos, Art. 243 Pr. Pn.

Al analizar el planteamiento del quejoso y la sentencia documento, se observa que el mismo no es de recibo, puesto que la Cámara hizo referencia al Art. 372 Ord. 3° Pr. Pn., que estatuye para el caso de dictámenes el poder requerirse la comparecencia del perito. Adviértase de lo expuesto, que el legislador utiliza una locución potestativa en la estructura del precepto en referencia, por lo que aun y cuando el precedente citado por el Tribunal de Segunda Instancia haya sido proveído bajo la normativa derogada, el mismo tiene vigencia y resulta coherente con la disposición relacionada *supra,* pues, la no comparecencia del perito no implica negarle valor al dictamen o que su valoración constituya un defecto de la sentencia por basarse esta en prueba no incorporada legalmente,

ya que el término utilizado en la norma adjetiva, no es imperativo y por ende la autenticación conforme a los requisitos establecidos para la producción de pruebas por objetos, tiene operatividad para supuestos distintos."

DICTAMEN PERICIAL NO ES UN SIMPLE DOCUMENTO, SINO UNA PRUEBA QUE TIENE UN SOPORTE ESCRITO Y QUE OPORTUNAMENTE PUEDE SER VALORADO Y REFUTADO POR LAS PARTES PROCESALES

"Por consiguiente esta Sala no detecta vicio alguno, debido a que los argumentos expuestos en la sentencia de mérito aportan la claridad suficiente para advertir la razón por la cual el referido Tribunal tuvo a bien la valoración de los peritajes y el acta de inspección relacionado por el impugnante, lo cual se identifica a Fs. 48 párrafos 2°, 3° y 4° del proveído, pues, el dictamen tal como fue considerado por el *Ad quem,* no es un simple documento, sino una prueba que tiene un soporte escrito y que oportunamente puede ser valorado y refutado por las partes procesales; además, en lo que respecta a la inspección mencionada previamente, se hizo referencia por el *Ad quem* al Art. 372 N° 1, Pr. Pn., que estatuye: "Sólo *pueden ser incorporados al juicio por su lectura:* 1) *Los actos urgentes de comprobación practicados conforme a las reglas de este Código".*

En tal sentido, la valoración probatoria de los elementos con base en los cuales formula la queja del impetrante, no estaban excluidos de tal valoración y su consideración por parte del *Ad quem* es válida y cumplen los supuestos de legalidad. En razón de lo anterior esta Sala no advierte vicio alguno, consecuentemente no se accede a lo solicitado."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 362C2015, fecha de la resolución: 29/06/2016*

## VIOLENCIA DE GÉNERO

EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL ES EL ENCARGADO DE LA PERSECUCIÓN DE LAS INFRACCIONES PUNITIVAS, EN LAS QUE LAS MUJERES HAN SUFRIDO VIOLENCIA POR DISCRIMINACIÓN O POR MISOGINIA

"Previo a entrar al análisis del caso merece la pena hacer algunas consideraciones generales en vista del hecho acusado.

El hilo conductor de los hechos se enmarca en una sistemática actuación libidinosa del agresor, que se ejecuta en un ambiente privado de testigos, siendo que la víctima se apoya en dos eventos nutridos con medios distintos a su propio decir, para demostrar el accionar que le imputa, calificándole provisionalmente la representación fiscal como acoso sexual por el prevalimiento (aprovechamiento) del sujeto activo de su condición de jefe, obviando, al parecer, según la descripción de los hechos que hacen, que el agresor infringió acciones encaminadas a ocasionar daño emocional, disminución de su autoestima, perturbando su sano desarrollo, léase:

*"...Le solicitó entregar las llaves del despacho, ubicó su escritorio en el área donde están todas las secretarias, con las funciones de ordenanza, (...) al removerla de sus funciones y cargo la estaba denigrando, y que las personas (...) que tienen cercanías con ella se les está quitando las funciones como mecanismo para que éstas la rechacen a ella".*

En otras palabras, según los hechos acusados el agresor utilizó violencia psicológica y emocional para procurar sus fines lúdicos; por lo que, el factum debió haber sido calificado como Agresión Sexual, tales reflexiones abstractas tienen su asidero en:

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Para"; en ella, los países partes, dentro de los cuales está El Salvador, afirmaron que la violencia contra la mujer constituye una violencia de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades, también manifestaron su preocupación porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

Asimismo, en la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, los Estados partes, hacen un recuento que la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida politica, social, económica y cultural del país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia, y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad.

Ya en la normativa nacional se encuentra la Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres, en la que en el inc. 1° del Art. 1, el Estado ratifica su compromiso con la aplicación del principio constitucional de igualdad de las personas y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de este principio aplicables a la legislación nacional. Y, en el Art. 6 núm. 3, literalmente se expresa:

*"No discriminación. Se refiere a la prohibición de la discriminación de derecho o de hecho, directa o indirecta, contra la mujeres; la cual se define como, toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el ejercicio por las mujeres, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en todas las esferas, con independencia de sus condiciones socio económicas, étnicas, culturales, políticas y personales de cualquier índole".*

Por otra parte, dentro de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para Las Mujeres, se establece:

Art. 7.- *"Relaciones de Poder o de Confianza (...) se presume que los tipos y modalidades de violencia contemplados en la presente ley, tienen como origen la relación desigual de poder o de confianza; en la cual, la mujer se encuentra en posición de desventaja respecto del hombre".*

Artículo 8.- *"Definiciones (...) Acoso Laboral: Es la acción de hostilidad física o psicológica, que de forma sistemática y recurrente, se ejerce sobre una mujer*

*por el hecho de ser mujer en el lugar de trabajo (...) Persona Agresora: Quien ejerce cualquiera de los tipos de violencia contra las mujeres, en una relación desigual de poder y en cualquiera de sus modalidades".*

*Art. 9 "Tipos de Violencia (...) Violencia Sexual: Es toda conducta que amenace o vulnere el derecho a la mujer a decidir voluntariamente su vida sexual, comprendida en ésta o solo el acto sexual sino toda forma de contacto o acceso sexual, genital o no genital, con independencia de que la persona agresora guarde o no relación (...) laboral (...) con la mujer víctima".*

*Art. 10. "Modalidades de Violencia (...) Violencia Laboral: Son acciones u omisiones contra las mujeres, ejercidas en forma repetida y que se mantiene en el tiempo en los centros de trabajo públicos o privados, que constituyen agresiones físicas o psicológicas atentatorias a su integridad, dignidad personal o profesional, que obstaculicen su acceso al empleo, ascenso o estabilidad en el mismo...".*

Por otra parte, Francisco Javier Abajo Olivares en su obra "Mobbing" "Acoso Psicológico en el Ambito Laboral", Segunda Edición Ampliada, Editorial Lexis Nexis Argentina, 2006, a página 24, expone: *"...mobbing "descendente" (denominado bossing) (...) se trata de una situación en la cual un individuo que se encuentra en una cierta situación de poder dentro de la escala jerárquica acosa a uno o varios individuos que se encuentran subordinados a él...".*

*Y,* Francisco Muñoz Conde, en su obra Derecho Penal Parte Especial, Duodécima edición, Tirant lo Blanch, 1999, a Pág. 211, expone: *"La diferencia fundamental con las "agresiones sexuales", (...) es justamente la no concurrencia (...) de la violencia o intimidación como medios de ataque a la libertad sexual".*

Por lo que, siendo el Ministerio Público Fiscal el encargado de la persecución de las infracciones punitivas, deberán sus unidades especializadas ser más consecuentes con la normativa nacional, al iniciar acciones penales en las que las mujeres han sufrido violencia por discriminación o por misoginia."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 172C2015, fecha de la resolución: 19/01/2016*

ESTEREOTIPOS Y LA DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DEL GÉNERO

**"5.** Previo a analizar el motivo invocado, es oportuno reflexionar sobre el concepto de estereotipos de género, así como esclarecer el fenómeno de la discriminación en razón de género en el seno de la sociedad salvadoreña y mencionar la obligación internacional adquirida por el Estado para erradicar esta realidad sociocultural. Además, hay que reflexionar sobre las implicaciones del parto y el puerperio en la vida de una mujer con objeto de resolver equitativamente el caso concreto atendiendo al enfoque de género. Asimismo, conviene delimitar los alcances de los conceptos de culpabilidad e imputabilidad, realizando una alusión particular al supuesto de grave perturbación de la conciencia, también denominado doctrinariamente como trastorno profundo de la conciencia o trastorno mental transitorio.

Inicialmente, hay que mencionar que el género puede ser entendido como aquella categoría que subraya la construcción cultural de la diferencia sexual,

esto es, el hecho de que las diferentes conductas, actividades y funciones de las mujeres y los hombres son culturalmente construidas, más que biológicamente determinadas. Dentro de este concepto se comprenden aquellos símbolos que evocan representaciones ideales de masculinidad y feminidad; así como la interpretación del significado de los mismos. *(Cfr.* MURGUIALDAY, C., *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo,* Universidad del País Vasco e Instituto Hegoa, Bilbao, 2006, disponible en PD ://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/108).

Un aspecto muy destacado en los estudios de género es identificar la estereotipación de género, esto es, el proceso de asignar características y patrones de conducta a hombres y mujeres en razón de la diferencia entre sus funciones biológicas y sociales; y que incluye implícitamente una respuesta de rechazo social a cualquier conducta que se considera desviada respecto a estos patrones. En ese orden, desde un enfoque de derechos humanos se sostiene que: *"La asignación de estereotipos produce generalizaciones o preconcepciones concernientes a los atributos, características* o *roles de quienes son miembros de un grupo social particular, lo que significa que se hace innecesario considerar las habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales de cada miembro... Los estereotipos afectan tanto a hombres como a mujeres. Sin embargo, con frecuencia tienen un efecto flagrante sobre éstas. Como una comentarista lo ha explicado, "una manera útil de examinar la desventaja continuada de las mujeres es identificando las presunciones y los estereotipos que han jugado un papel central en la perpetuación y legitimación de la subordinación legal y social de éstas"... Los estereotipos degradan a las mujeres, les asignan roles serviles en la sociedad y devalúan sus atributos y características. Los prejuicios sobre la inferioridad de las mujeres y sus roles estereotipados generan irrespeto por ellas además de su devaluación en todos los sectores de la sociedad" (COOK, R. y CUSACK, S., Estereotipos de Género; Perspectivas Legales Transnacionales, Facultad de Derecho, Universidad de Toronto, 2011, P. 1).*

Ante la incidencia de los estereotipos de género en todos los campos de la vida social, históricamente se restringió a las mujeres a desempeñar un papel subordinado, siendo relegadas al ámbito doméstico, exigiéndoles el cumplimiento prioritario de la función reproductiva, sin permitirles escoger libremente otras alternativas vitales como ejercer una profesión, recibir educación, o participar en los asuntos políticos.

Obviamente, los referidos patrones socioculturales han influenciado el sistema jurídico, el cual durante mucho tiempo negó a las mujeres la condición de sujeto de derecho. Por ello, algunos estudios han descrito el fenómeno denominado *"androcentrismo del* derecho" que se refleja mediante normas que excluyen a la mujer en el ejercicio de derechos o reconocen privilegios a los hombres sobre las mujeres; pero también mediante el silencio que mantiene la normativa respecto a problemas que afectan directamente a las mujeres como la violencia doméstica *(Cfr.* SALGADO, J., "Género y derechos humanos", en AA. VV., *El género en el derecho: Ensayos críticos,* Serie Justicia y Derechos Humanos, Lola Valladares (compiladora), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Ecuador, Quito, 2009, P. 173).

Nótese, a guisa de ejemplo sobre este silencio normativo, como la regulación penal vigente omite cualquier mención expresa a las complicaciones psíquicas o físicas del embarazo, parto y puerperio, realidades que solamente puede experimentar una mujer. Cabe acotar que esta omisión se ha producido a partir de la derogación del tipo penal de homicidio atenuado, previsto en el Art. 155 del Código Penal de 1973, que sancionaba con una pena de menor entidad la muerte del recién nacido causada por la madre, cuando ésta se encontrase afectada por un estado de emoción violenta posterior al alumbramiento.

Como respuesta a la discriminación y subordinación de la mujer en el ordenamiento jurídico y ante el reclamo del movimiento feminista, desde comienzos del siglo XX, los Estados de tradición cultural occidental han ido sancionando diversas normas orientadas a equiparar la condición jurídica de la mujer respecto a los hombres, verbigracia, la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer. Además, han formulado y ratificado instrumentos internacionales como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida usualmente por el acrónimo anglosajón CEDAW, cuyo propósito es potenciar la transformación institucional para eliminar la discriminación en razón del género permitiendo que las mujeres intervengan en igualdad de condiciones en la actividad política, social, económica y cultural. Este instrumento básico constituye una norma de obligatorio cumplimiento y cuya inobservancia genera responsabilidad internacional para el Estado.

En razón de este proceso de alcance global, nuestro país ha realizado un conjunto de esfuerzos encaminados a erradicar la discriminación normativa contra las mujeres, que se han materializado en la promulgación de *dos cuerpos normativos de particular relevancia, como son la Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres (en adelante LIE) y la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres (en adelante LEIV), que comparten el propósito de cimentar los fundamentos jurídicos necesarios para la protección y reconocimiento de los derechos de las mujeres en El Salvador, en aplicación del principio de igualdad, consagrado en los Arts. 3 Cn., 3 PIDCP y 24 CADH, no solamente desde el punto de vista formal, sino también real. En ese sentido, el Art. 1 LIE establece que: "La* garantía efectiva del Principio de Igualdad expresa que, para el Estado, mujeres y hombres son iguales ante la ley y equivalentes en sus condiciones humanas y ciudadanas," por tanto, son legítimamente, merecedoras y merecedores de igual protección de sus derechos por las Instituciones competentes y no podrán ser objeto de ningún tipo de discriminación que impida el ejercicio de tales derechos".

No obstante, conseguir el objetivo de proporcionar trato equitativo a hombres y mujeres es una labor que se enfrenta a la pervivencia de los ya referidos estereotipos de género, por lo que no puede limitarse a la modificación de normas realizada por el legisferante, sino que requiere cambios en los ámbitos de actuación propios de otros Órganos gubernamentales, incluyendo el Ejecutivo, el Judicial y el Ministerio Público. En ese sentido, se afirma que: *"En algunos contextos, esto no requiere más que igual trato ante leyes y normas existentes. En otros, exige el cambio de una sola institución, ley* o *norma; o el cambio en la forma en la cual la persona que toma las decisiones pertinentes, aplica la norma*

o *ley existente"* (Joan Williams citada por SALGADO, J., "Género y derechos humanos", ob. cit., P. 175-176).

Precisamente, cuando las normas vigentes ya han previsto la igualdad formal, los tribunales como aplicadores del derecho están llamados a construir criterios jurisprudenciales inspirados en una visión de igualdad real para contrarrestar la incidencia nociva de los estereotipos de género. Lo anterior, constituye una implementación directa de lo previsto en el Art. 5 de la ya mencionada Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer, de la cual El Salvador es parte, normativa que exige a los órganos estatales tomar medidas para: *"Modificar* los *patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad* o *superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres".* En muchos casos, basta con interpretar a la luz de una nueva sensibilidad, ciertas figuras que ya se encuentran previstas en el sistema normativo, para lograr justicia material y promover la equidad en el caso concreto.

Además, como se ha señalado en decisiones anteriores, este colegiado se encuentra obligado a aplicar de manera efectiva la Política Institucional de Género del Órgano Judicial, la cual ha fijado como objetivo general *"garantizar el acceso a la justicia* a *mujeres y hombres en igualdad de condiciones".* En efecto, satisfacer el ideal de justicia debe ser el hilo conductor que impulse las actuaciones de los tribunales y particularmente de esta sede, en atención a la función dikelógica del recurso de casación. Por ello, es indispensable comprender que el acceso igualitario a la justicia pasa por reconocer que la discriminación en razón de género no es una situación aislada, sino que constituye un fenómeno estructural que tiene que ser erradicado *(Cfr.* Sentencias de casación Ref. 168C2015, dictada el 28/09/2015 y Ref. 172C2015, de fecha 19/01/2016). Desde luego, una de las estrategias para superar esta realidad es reconocer el efecto de los estereotipos y preconcepciones que como verdaderas normas no escritas distorsionan la valoración de la conducta de las mujeres.

En ese sentido, el esfuerzo proactivo de los tribunales para aplicar la ley vigente con enfoque de género, es acorde a las obligaciones previstas en los Arts. 9 y 10 del Código Iberoamericano de Ética Judicial, que impone a los operadores de justicia abstenerse de toda forma de discriminación y evitar toda predisposición o prejuicio en el desarrollo de la función jurisdiccional, ateniéndose a la plataforma fáctica y los elementos de prueba obrantes en la causa. Asimismo, se interrelaciona con el deber de resolver en equidad, previsto en los Arts. 35, 36 y 37 del mismo cuerpo deontológico y que en lo esencial consiste en: *"atemperar,* con *criterios* de *justicia, las consecuencias personales, familiares* o *sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes... El juez equitativo es el que, sin transgredir* el Derecho vigente, *toma* en cuenta *las peculiaridades del caso y* lo resuelve *basándose en criterios* coherentes con los *valores del ordenamiento"* (XVIII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, 02104/2014).

**6**. Ha sido necesario formular las anteriores reflexiones generales para acercarse con otra mirada al asunto en discusión. Y es que, cuando se acusa a una mujer de haber perpetrado el homicidio del hijo recién nacido se produce una reacción de conmoción social, siendo frecuente que al acontecer estos hechos se dé una amplia discusión y valoración en los medios de comunicación que derive en una "condena" anticipada a la persona procesada. Este juicio paralelo hacia las imputadas muchas veces se sustenta en estereotipos de género, bajo la idea que la persona acusada se ha desviado del rol que le corresponde por ser mujer, esto es, ha defraudado la expectativa social de maternidad abnegada y por eso merece la sanción más gravosa. Desde luego, la incidencia de estas preconcepciones y prejuicios, puede conducir a distorsiones en la recta aplicación del derecho, verbigracia, calificar hechos objetivamente fortuitos o imprudentes como delitos dolosos.

Lo anterior, ha sido advertido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, institución que ha formulado un llamamiento al Estado salvadoreño para que este tipo de asuntos penales sean analizados con objetividad (Cfr. Situación de derechos *humanos de mujeres privadas* de *libertad por emergencias* obstétricas *durante sus embarazos* en *El Salvador,* Informe y audiencia especial del 154° Período de sesiones de la CIDH, de fecha 20/03/2015).

En vista de lo expuesto, el juzgador que tenga a su cargo resolver casos de esta naturaleza, ha de realizar un esfuerzo adicional de motivación que demuestre que las conclusiones adoptadas en torno a la existencia del hecho ilícito y la intervención delictiva de la persona acusada, se han obtenido del análisis ecuánime de las evidencias disponibles y la estricta observancia de la normativa aplicable, sin estar basados en estereotipos de género.

Conviene añadir que es un dato conocido por la experiencia común y corroborado por la ciencia médica que el embarazo, el parto y la etapa puerperal son momentos en que la salud de una mujer es vulnerable a ser afectada por diversos padecimientos (Cfr. CHALMERS, B. *et al,* Principios de la Organización Mundial de la Saluda cerca del cuidado perinatal, Madrid, 2005, disponible en https://www.elpartoesnuestro.esisites/defaultlfiles/publicidocumentos/parto/oms/Principios%200MS%20cuidado%20perinatal.pdf). Además, es sabido que con cierta frecuencia en el parto y puerperio ocurren emergencias obstétricas, reacciones fisiológicas espontáneas, complicaciones físicas y psíquicas imprevistas; así como problemas derivados de la edad o las condiciones preexistentes de salud; sumado a la falta sistémica de acceso a servicios médicos integrales, aspectos que deben ser considerados por el operador judicial en estricto respecto de la presunción de inocencia establecida en el Art. 12 Cn. y Art. 8.2 CADH, para lo cual, resulta fundamental el apoyo de la prueba científica.

Por otra parte, se identifica con nitidez, que los referidos estereotipos y prejuicios obstaculizan el adecuado abordaje de las complicaciones de salud física y psíquica en el embarazo, parto y puerperio, pues, como lo *señala un informe de la autoridad sanitaria española:* "El nacimiento de un hijo es uno de los acontecimientos vitales más significativos y de mayor impacto en la vida de la mujer. Socialmente se espera que la mujer que ha tenido un bebé sano esté feliz, contenta y satisfecha y agradecida con la experiencia. Esto es así en una mayoría

de madres, pero también hay mujeres para las que el parto puede ser un evento muy traumático o incluso terrorífico que impacta seriamente su adaptación psicosocial en el postparto, la lactancia e incluso el vínculo con el bebé. Cuando el recién nacido está sano se espera que la madre se muestre satisfecha y feliz independientemente de cómo haya transcurrido el parto" *(Ministerio de Salud, Servicios Sociales e Igualdad de España,* El síndrome de estrés postraumático como secuela obstétrica, *Madrid, 2011, P. 2, subrayado suplido).*

Por cierto, la influencia de los estereotipos y preconcepciones de género también incide en la prioridad que los investigadores científicos otorgan al estudio de las enfermedades propias de las mujeres en esta etapa. Nótese, por ejemplo, que la psicosis puerperal, la depresión post parto y el trastorno postraumático puerperal han sido reconocidas como entidades nosológicas autónomas en las décadas de 1970 y 1980, a pesar que desde la antigüedad se había descrito que muchas mujeres experimentan sintomatología de afectación psíquica antes, durante y después del parto (Cfr. HULAK, F. et al, "Psicosis puerperal. Panorama general sobre su diagnóstico, etiología e interpretación", en *Revista Perinatología* y *Reproducción Humana,* Vol. 30, N° 1, Instituto Nacional de Perinatología, Ciudad de México, 2016, P. 25-27; de la misma revista científica, véase BROCKINGTON, I., "La psicopatología del parto", Vol. 22, N° 1, 2008, P. 59-60)."

*Sala de lo Penal, número de referencia: 419C2015, fecha de la resolución: 13/09/2016*

# ÍNDICE

## LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO PENAL 2016

Código Procesal Penal Aplicado:
**D.L. Nº 904 del 04 de Diciembre de 1996 - DEROGADO**


**Agentes encubiertos** ..... 1

Legislación posibilita la delegación de funciones del órgano persona a sus agentes auxiliares ..... 1

Aclaración conceptual sobre la figura del agente provocador..... 7

Imposibilidad de acceder a la petición de vulneración a la cadena de custodia, al no advertirse en los argumentos del impugnante inconformidad respecto al incumplimiento de cualquiera de sus fases ..... 8

Ausencia de afectación a derechos fundamentales de los imputados por el hecho que los agentes encubiertos empleen en sus operativos paquetes simulados ..... 9

**Audiencia especial de revisión de medidas** ..... 10

Razones de orden legal impiden a la sala de lo penal la revisión, modificación o sustitución de las medidas cautelares impuestas previamente ..... 10

**Cheque sin provisión de fondos**..... 11

Posibilidad de suspender la vista pública por falta de experticia grafotécnica en los cheques..... 11

Ausencia de vulneración a las reglas de la inmediación cuando la vista pública ha sido reprogramada ..... 11

Falta del elemento subjetivo del tipo cuando el que recibe un cheque sin provisión de fondos no desconoce la falta de fondos..... 12

Efecto: anulación de la vista pública ante la falta de fundamentación del elemento subjetivo del tipo penal ..... 14

**Determinación de la pena** ..... 16

Deber de los jueces al dictar sentencia razonar los motivos que justifican la medida de la sanción impuesta ..... 16

Nulidad en la adecuación de la pena, por falta de fundamentación en la aplicación de una ley más favorable ..... 17

Procede enmendar el vicio mediante reforma y determinar la pena que se adecua a los razonamientos que se consignan en la sentencia original ..... 18

Incompatible pronunciar la inadmisibilidad de un recurso y después entrar a conocer del fondo del asunto ..... 20

**Inadmisibilidad del recurso de casación** ..... 21

Monto de la pena a aplicar es un poder discrecional del juzgador y su ejercicio no es controlable en casación ..... 21

**Legítima defensa** ..... 23

Conducta permitida por el legislador ante una agresión violenta por parte de la víctima, lo cual debe valorarse conforme las reglas de la sana crítica ..... 23

**Prescripción de la acción penal** ..... 27

Constitución de la República autoriza aplicar efectos retroactivos de una nueva ley cuando ésta sea favorable al procesado ..... 27

Aspectos normativos y jurisprudenciales referentes a la irretroactividad de las leyes ..... 29

Condiciones necesarias para la aplicación de retroactividad de la ley procesal ..... 29

Plazo debe ser contabilizado a partir de la declaratoria de la rebeldía del imputado ..... 31

**Prescripción del procedimiento por rebeldía del imputado** ..... 31

Plazo se rige por las reglas de la ley posterior y se contabiliza a partir de la declaratoria de rebeldía, al tenor del principio de retroactividad de la ley más favorable en materia penal ..... 31

Correcta aplicación de retroactividad del Código Procesal Penal vigente ..... 33

**Recurso de revisión** ..... 33

Naturaleza del recurso ..... 33

Impugnabilidad objetiva..... 34

Posibilidad de ser objeto de casación las resoluciones que modifican el contenido de lo resuelto en la sentencia ..... 34

Improcedente conocer mediante recurso de casación la resolución en la que se declara no ha lugar los motivos de revisión invocadas ..... 35

Código Procesal Penal Aplicado:
**D.L. Nº 733 del 22 de Octubre de 2008 - VIGENTE**

**Acoso sexual** ..... 37

Para que el quebranto de los estándares prediseñados para la introducción de un medio o elemento probatorio al juicio se configure como vicio de la sentencia, el fallo debe tener como base de la decisión esa prueba..... 37

Vulneración a las reglas de la sana crítica al restarle valor probatorio a la versión de la víctima y la testigo de cargo..... 38

Corresponde a la Sala anular las resoluciones de primera y segunda instancia y ordenar directamente la remisión de la causa al tribunal de sentencia de origen, para que un juez distinto al que conoció celebre la audiencia de reenvío ..... 40

**Acto de notificación** ..... 41

Consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre la nulidad absoluta..... 41

Actos de comunicación tienen como función garantizar los derechos individuales de los justiciables ..... 43

Ausencia de yerro al no perjudicarse efectivamente el derecho de defensa del encausado ..... 44

Existe privación para exponer alegatos cuando se efectúan actos de comunicación a una persona que ya no representa al procesado..... 46

Innecesario declarar nulidad cuando no se identifica una afectación irreparable en perjuicio del justiciable ..... 47

Teleología del nuevo Código Procesal Penal..... 48

Principio de oralidad..... 48

Principio de bilateralidad de la audiencia o contradicción..... 49

Necesario notificar a las partes las decisiones judiciales para el ejercicio del derecho de defensa..... 49

Clasificación doctrinaria de la notificación..... 49

Inexistencia de vulneración al derecho de defensa o contradicción cuando se consideran notificadas las partes que intervienen en la audiencia..... 50

Comunicaciones que los tribunales hacen a las partes fuera de los términos legales no pueden generar nuevos plazos..... 50

**Acusación particular**..... 52

Admitir apelación sin cumplir la resolución con el presupuesto de impugnabilidad objetiva, limita el derecho de acceso a la justicia ..... 52

La ley faculta que al rechazar la solicitud de la querella se pueda presentar una vez más, lo que es aplicable a la acusación para el ejercicio de la acción privada ..... 53

Declarar inadmisible la acusación por segunda ocasión permite ser objeto de revisión por medio del recurso de apelación..... 53

Admisión de apelación de un proveído que no es apelable conlleva vulneración de los principios de legalidad y del debido proceso..... 53

Nulidad de resolución que admite apelación y confirma inadmisibilidad de la acusación particular ..... 54

**Agresión sexual en menor e incapaz** ..... 55

Diferencias con el acoso sexual ..... 55

Error al encuadrar los hechos en la figura de acoso sexual ..... 56

Hechos acreditados mediante la prueba corresponden a una agresión sexual ..... 56

Procede enmendar de oficio lo referente a la calificación de los hechos en el tipo penal de agresión sexual en menor e incapaz y aplicar la sanción respectiva ..... 57

**Atenuantes por interpretación analógica** ..... 58

Consideraciones para su procedencia ..... 58

Procede modificar la pena impuesta, al estimar que la conducta posterior al hecho llevada a cabo por el imputado, pueda ser considerada como una cooperación en la investigación eficiente y eficaz que debe hacerle merecedor de un menor reproche penal ..... 60

**Audiencias virtuales** ..... 62

Reflexiones sobre la dimensión técnica y material del derecho de defensa ..... 62

Principio de inmediación busca eliminar toda interferencia entre el tribunal y la fuente de prueba ..... 63

Mecanismo que debe ser utilizado cuando razones fundadas hagan imposible o inconveniente que el testigo acuda a la sede del tribunal ..... 65

Recepción de declaraciones por este medio no genera por sí mismo violación al derecho de defensa de los procesados ..... 66

Limitación de contacto visual en su práctica resulta razonable y proporcionada a una finalidad legítima derivada del régimen de protección de testigos ..... 67

Posibilidad de controlarse de manera excepcional la denegatoria de una línea de preguntas al momento de recibir una declaración testifical ..... 69

Imposibilidad de prosperar la ausencia de pronunciamiento sobre la oferta probatoria, por ser impreciso el recurrente ..... 71

Ausencia de ilicitud en la declaración anticipada del criteriado ..... 71

**Calumnia** ..... 74

Fundamentación de las resoluciones ..... 74

Falta de valoración integral de la declaración del testigo con régimen de protección ..... 76

Falta de establecimiento del dolo en la conducta realizada por los imputados ..... 78

Ejercicio de las libertades de expresión e información no es punible a menos que se actúe con dolo ..... 79

Inclusión mental hipotética de los elementos excluidos es insuficiente para superar la absolución de los imputados ..... 79

Falta de acreditación del dolo ..... 80

**Coautoría** ..... 80

Elementos probatorios que indican su existencia ..... 80

**Cómplice no necesario** ..... 83

Procede modificar la pena cuando su imposición en primera instancia no se basó en disposiciones legales ..... 83

Inaplicación de la regla de la proporcionalidad de la pena al no haber sido objeto de juzgamiento los autores materiales ..... 86

Correcta fundamentación de la cámara ad quem de la sentencia que reforma la condena ..... 87

**Conciencia de la ilicitud**..... 87

Nociones sobre la culpabilidad..... 87

Construcción defectuosa del razonamiento judicial al obviar referirse a los elementos contenidos en la ampliación de la pericia psiquiátrica ..... 91

Inclusión de la prueba omitida permite apreciar una situación de imputabilidad disminuida y no de inimputabilidad ..... 95

Aplicación de la facultad de corregir directamente la violación de ley pronunciando la sentencia que corresponda en derecho ..... 98

Límites abstractos de la penalidad que puede ser impuesta a la imputada en razón de la situación de imputabilidad disminuida en que se encontraba al momento del hecho ..... 99

Criterios de individualización de la pena ..... 101

Criterio sostenido anteriormente para la imputabilidad disminuida no se opone al adoptado en el fallo ..... 101

**Concurso real de delitos**..... 102

Ausencia de vicio ante la suficiente fundamentación y correcta valoración de la prueba..... 102

Cuando un mismo agente ejecuta una pluralidad de acciones independientes que generan una pluralidad de delitos autónomos..... 104

Existencia de conexión entre la privación de libertad y el homicidio agravado tentado no hace perder a cada uno su individualidad típica..... 106

Correcta aplicación y adecuado establecimiento de la pena ..... 106

**Condiciones carcelarias** ..... 107

Injustificable que una persona acusada por un hecho punible grave sufra denegación de asistencia sanitaria y otros tratos degradantes ..... 107

**Confesión extrajudicial** ..... 107

Manifestación espontánea que realiza la imputada al momento de su captura no reúne los requisitos para ser valorada como confesión extrajudicial, pero puede adecuarse al testimonio de referencia ..... 107

**Congruencia entre la sentencia, la acusación y el auto de apertura a juicio** ..... 110

Modificación de la nomenclatura empleada para identificar las conductas ilícitas no produce afectación ..... 110

Configuración de uno de los supuestos excepcionales de extraterritorialidad de la ley penal..... 114

**Contaminación ambiental** ..... 117

Ausencia de vulneración a las máximas de experiencia cuando las conclusiones devienen del informe técnico de la gerencia de cumplimiento ambiental del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales ..... 117

Requisitos del tipo penal ..... 119

Atipicidad de la conducta ante la falta de evidencia sobre poner en riesgo la vida o la salud de las personas ..... 119

Ausencia de indicios sobre la existencia de un grave peligro para la salud y el medio ambiente..... 120

Inspecciones practicadas por el Ministerio de Salud e informe técnico ambiental, determinan las condiciones en que se encuentra el lugar donde se verifica el procesamiento..... 120

Inclusión mental hipotética de la inspección realizada por la Alcaldía Municipal de San Salvador no hace variar la conclusión ..... 121

Imposibilidad de incorporar nuevos elementos de convicción que permitan configurar el tipo penal ..... 121

Víctima tiene expedito el derecho de acudir a la vía administrativa a efecto de eliminar los niveles de emanaciones producidas ..... 122

**Contaminación ambiental agravada** ..... 122

Consideraciones sobre el tipo base de contaminación ambiental ..... 122

Supuestos específicos que cualifican la conducta agravante ..... 123

Condiciones para que al omitente le sea aplicable la ficción jurídica a los ilícitos realizados en comisión por omisión ..... 124

Reflexiones sobre los delitos de comisión por omisión ..... 125

Consideraciones sobre la figura jurídica del actuar por otro ..... 126

Existe vacío argumentativo del juzgador para llegar a la absolución al no valorar la prueba de forma integral ..... 126

Consideraciones jurisprudenciales sobre el error de prohibición ..... 128

Procedente anular sentencia absolutoria cuando el a-quo omite justificar las razones que le llevaron a concebir que los acusados actuaran bajo un error de prohibición ..... 129

**Contrabando de mercaderías** ..... 131

Validez de la actuación del perito aunque no tenga a su disposición la mercadería, pero sí la documentación pertinente de donde extrae la información ..... 131

Falta de nombramiento y juramentación del perito no vicia la prueba, dado el carácter de confiabilidad cuando es realizado por técnicos oficiales acreditados ..... 132

Correcta acreditación de la existencia del delito y de la participación delictual del procesado ..... 132

**Control difuso de la Constitución** ..... 133

Resoluciones y sentencias no pueden ser objeto de inaplicación, salvo que se trate de un acto jurídico lesivo de las disposiciones constitucionales ..... 133

**Deber de cuidado en las distintas fases de la actividad médica** ..... 136

Responsabilidad penal para el anestesiólogo que no suspende una operación ante la ausencia del oxímetro de pulso ..... 136

Correcta aplicación de las reglas relativas a la congruencia ..... 141

**Declaración de testigo víctima** ..... 141

Incomparecencia a la vista pública no violenta el derecho de defensa del imputado, cuando ha rendido su declaración mediante prueba anticipada ..... 141

**Declaratoria de incompetencia** ..... 143

Sala no puede pronunciarse respecto a su procedencia, pero sí tiene competencia para determinar la falta de derivación de la resolución del tribunal de alzada que la emitió ..... 143

**Defensa técnica** ..... 146

Tribunal casacional está vedado para conocer supuestos no alegados en apelación y que han adquirido firmeza por ausencia de reclamo oportuno ..... 146

Consideraciones sobre la aplicación de reglas legales para la audiencia inicial ..... 147

Consideraciones doctrinarias sobre el derecho de defensa técnica .... 150

Condiciones que el juzgador debe agotar previamente para celebrar una audiencia inicial sin la presencia del defensor ..... 150

Existe conculcación por cuanto el imputado no contó con la presencia de un defensor en la audiencia inicial ..... 152

Celebrar audiencia sin la comparecencia de defensor publico del imputado vulnera derecho de defensa y como consecuencia genera nulidad absoluta ..... 153

**Derecho a recurrir** ..... 157

Consideraciones jurisprudenciales ..... 157

Finalidad del derecho de defensa ..... 158

Notificación de sentencia de apelación al imputado habilita a su defensor para interposición de la casación ..... 159

**Derecho de defensa** ..... 159

Ausencia de vulneración cuando se ha cometido el vicio señalado, pero no se advierte un perjuicio real a la parte que lo invoca ..... 159

Consideraciones doctrinarias ..... 162

Diferencia entre retención y detención ..... 163

Concepto ..... 164

Dimensiones en el ámbito del proceso penal ..... 164

Defensa técnica o asistencia letrada ..... 165

Ausencia de vulneración en la falta de nombramiento de defensor todo el tiempo que dura la retención de un imputado ..... 166

Nombramiento de defensor de oficio no forma parte de la competencia del órgano auxiliar en la investigación del delito ..... 168

Retraso en el nombramiento del defensor no tiene trascendencia anulatoria cuando no se realizan actos procesales que requieran defensor ..... 170

**Derecho de acceso a la jurisdicción y a la impugnación** ..... 171

Consideraciones conceptuales ..... 171

Consideración doctrinaria sobre el acceso a los recursos legalmente establecidos ..... 171

Incumplimiento de los mínimos requerimientos del acto procesal recursivo provoca la inadmisibilidad del mismo ..... 172

**Desistimiento del recurso de casación** ..... 173

Competente el tribunal casacional para calificar y decidir sobre el mismo ..... 173

Debe mantenerse la aceptación del desistimiento solicitado ante la ausencia de vulneración a los derechos de los justiciables ..... 174

**Dirección funcional de la Fiscalía** ..... 175

Consideraciones jurisprudenciales sobre la necesidad de autorización, por escrito del ente fiscal, para realizar las operaciones encubiertas y las entregas vigiladas ..... 175

Actividad probatoria válida ..... 177

Ausencia de vicio en el procedimiento policial ..... 178

Correcta fundamentación de la sentencia definitiva condenatoria ..... 180

**Doble enjuiciamiento** ..... 181

Alcances del tipo penal de actos preparatorios, proposición y conspiración y asociaciones delictivas ..... 181

Delimitación del contenido esencial de la prohibición ..... 184

Imposibilidad de sancionar de manera conjunta los actos preparatorios junto al delito consumado ..... 185

Imposibilidad de imponer una penalidad por la conducta de asociaciones delictivas, al no haber sido fijada en la calificación jurídica definitiva de primera instancia y tampoco sometida a control en apelación ..... 186

**Encubrimiento** ..... 188

Procede casar la sentencia por la ausencia inferencias sobre las cuales deriva el dolo en el actuar de la procesada ..... 188

**Entregas vigiladas** ..... 191

Innecesario que para cada una de ellas deba emitirse una orden, pues dificultaría tareas de investigación ..... 191

**Estafa agravada** ..... 194

El control de las reglas de la sana crítica no vulnera el principio de la libre apreciación de la prueba ..... 194

Acreditación de la participación delincuencial del sujeto activo en la obtención del inmueble a través de engaños ..... 194

Efecto: ordenase la reposición de la sentencia casada por error en la valoración de la prueba sobre la existencia del delito y la participación delincuencial ..... 196

**Estafa** ..... 197

Incumplimiento de cláusula contractual no deriva en la constitución de un ilícito penal, ante la falta de acreditación del elemento engaño ..... 197

Queda expedito el derecho a la víctima acudir a la instancia respectiva dado el incumplimiento de un contrato ..... 201

Diferencia entre el dolo civil y dolo penal ..... 201

Configuración cuando el engaño es antecedente a la celebración del contrato y el sujeto activo conoce de antemano que no podrá cumplir con su prestación ..... 202

Sobreseimiento definitivo al ser el dolo posterior al acto de disposición efectuado ..... 203

Requiere existencia de elementos probatorios que permitan establecer que el procesado efectuó actos tendientes a engañar a la víctima ..... 204

Incumplimiento de obligaciones notariales cuando no trasciende linderos delictivos debe quedarse en la esfera del derecho administrativo sancionador ..... 206

**Estipulaciones probatorias** ..... 206

Aplica para la admisión y producción de prueba pericial, documental y mediante objetos, no así para la prueba testimonial ..... 206

Yerro al valorar las entrevistas de agentes captores y denuncia de la víctima como prueba testimonial ..... 207

Exclusión mental hipotética de la errónea valoración de la prueba testimonial no es determinante y no posee una influencia tal que invalide la sentencia ..... 208

Incumplimiento de las formas previstas para garantizar la legalidad de la cadena de custodia no convierte en ilícitas las pruebas ..... 210

Aspectos generales ..... 211

Yerro al omitirse la valoración de las evidencias incautadas y su debida cadena de custodia ..... 212

**Estupro por prevalimiento** ..... 214

Usar la violencia psicológica para someter al sujeto pasivo debe tener un alcance de gravedad similar al desplegado por la violencia física en el delito de violación ..... 214

Error al valorar como violencia psicológica el prevalimiento de la posición jerárquica entre el agresor y la víctima ..... 218

Procede modificar la calificación jurídica del delito ante una errónea valoración de los elementos de prueba ..... 220

**Examen toxicológico** ..... 220

Consideraciones sobre el derecho de defensa ..... 220

Consideraciones sobre la práctica del examen toxicológico como mecanismo de investigación del delito ..... 221

Necesaria demostración que la droga se tenía para fines distintos al autoconsumo, para que tenga relevancia jurídico penal ..... 223

Fiscalía configura restricción indebida al derecho de defensa del procesado al omitir obtener oportunamente la realización de una probanza ..... 224

Procede declaratoria de nulidad cuando el acto viciado produce la indefensión del procesado ..... 226

Procedente casar y declarar la absolución del procesado, como una facultad de enmendar directamente la violación de ley bajo el principio de economía procesal ..... 226

**Excusa** ..... 228

Legalidad de impedimento cuando existe vinculo de parentesco en segundo grado de consanguinidad entre el juzgador y el fiscal que promueve el caso ..... 228

**Extinción de la acción penal por muerte del imputado** ..... 230

Inoficioso analizar el escrito recursivo ..... 230

Terminación del proceso por fallecimiento afecta única y exclusivamente al imputado que ha muerto ..... 232

Acción de extinción de dominio procede con independencia de la extinción de la acción penal ..... 232

Procede devolución de actuaciones para que el tribunal correspondiente declare a petición de parte o de oficio la terminación del proceso.. 233

Acción civil no se extingue por la muerte del imputado ..... 233

**Extorsión agravada** ..... 233

Anulación parcial de la sentencia ante yerro en la calificación jurídica del delito ..... 233

Ausencia mínima de actividad probatoria de cargo, que se infiera la realización conjunta de acciones típicas para configurar el delito ..... 234

Inexistencia de prueba de cargo para inferir el actuar doloso por parte de la acusada ..... 237

Procede dictar sentencia absolutoria por falta de comprobación de la participación delincuencial del imputado ..... 239

**Extorsión** ..... 241

Agentes policiales que intervienen en un operativo de entregas controladas son testigos directos del delito por la inmediatez entre el acontecimiento y lo presenciado visualmente ..... 241

Debida exclusión de prueba testimonial de descargo ante la deficiente técnica en el interrogatorio expuesta por la misma defensa ..... 243

Innecesaria la autentificación o corroboración del acta de seriado de billetes, el acta de captura y las diligencias de secuestro ..... 243

**Feminicidio** ..... 244

Establecimiento de la misoginia a través de precedentes como denuncias previas o cualquier antecedente de violencia ..... 244

Correcta acreditación de la misoginia como elemento subjetivo al advertirse que la muerte de la víctima estuvo precedida de incidentes de violencia ..... 246

**Fraude procesal** ..... 247

Acto delictivo se instituye al presentarse una realidad deformada, independientemente de si se determinó o no responsabilidad penal en el delito con el que guarda relación ..... 247

**Fundamentación complementaria** ..... 250

Legislador faculta a cámaras de segunda instancia complementar fundamentación de tribunales de primera instancia ..... 250

**Fundamentación de la sentencia** ..... 252

Recaudos mínimos de la fundamentación de autos y de sentencias . 252

Ausencia de análisis de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica ..... 253

Nulidad del sobreseimiento definitivo por falta de fundamentación intelectiva ..... 254

**Fundamentación intelectiva** ..... 255

Manifestación de las razones que justifican una resolución jurisdiccional, permite a las partes procesales ejercer adecuadamente los medios de impugnación ..... 255

Cumplimiento del deber de fundamentación obliga a los juzgadores a plasmar los razonamientos de la sentencia de forma clara, completa, expresa y lógica ..... 256

Correcta fundamentación complementaria de la sentencia ..... 256

**Garantía del debido proceso** ..... 258

Declaratoria de nulidad por vulneración del derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial ..... 258

**Hallazgo de buena fe** ..... 260

Ausencia de ilegalidad en la orden de registro con prevención de allanamiento ordenada por el juez de paz ..... 260

Valoración conforme a las reglas de la sana crítica en el hallazgo fortuito de armas y su consecuencia como fuente de prueba ..... 261

Ausencia de vulneración en el proceso al constar la buena fe y hallazgo inevitable de prueba en la investigación ..... 262

Correcta valoración de la ratificación del secuestro ya que no existen efectos que vinculan el incumplimiento de términos para su realización ..... 264

Ausencia de vulneración a la cadena de custodia ..... 265

**Homicidio agravado** ..... 267

Correcto establecimiento de la intencionalidad de la acción de matar ..... 267

Consideraciones sobre el aborto y el homicidio ..... 269

Consideraciones doctrinarias sobre la vulneración legal directa e indirecta ..... 272

**Hurto agravado** ..... 273

Tipo penal no requiere la comprobación de la propiedad de las cosas hurtadas ..... 273

Correcta valoración integral de la prueba ..... 274

Innecesario diligenciar una excusa en los supuestos donde se determina la objeción de resoluciones que no son recurribles en casación ..... 276

**Identificación del imputado** ..... 276

Legítima la fundamentación al individualizar e identificar al imputado desde el inicio de las investigaciones, a través del señalamiento directo del testigo criteriado ..... 276

Innecesario practicar reconocimiento en rueda de personas cuando el imputado está plenamente individualizado y vinculado con el hecho por otros elementos probatorios..... 280

Válida la incorporación y valoración de prueba documental ..... 281

Vulneración al principio de derivación en la relación de los hechos acreditados al obtener un resultado distinto al aportado en la declaración del testigo con régimen de protección ..... 282

Modificación realizada por la cámara respecto a la localización del testigo tiene incidencia en la individualización del imputado ..... 284

**Inadmisibilidad del recurso de casación** ..... 286

Procede por no haberse refutado el razonamiento contenido en el proveído de la cámara, sino aspectos tocantes a primera instancia..... 286

Procede ante el incumplimiento de la obligación de plantear los reclamos de manera fundada y directamente contra la resolución de segundo grado ..... 288

Impertinencia de la oferta probatoria en los términos planteados..... 291

Resoluciones de primera instancia no son impugnables vía casación ..... 292

Procede remitir al tribunal de segunda instancia para que conozca en apelación, a fin de evitar límites al ejercicio del derecho de recurrir que le asiste al imputado condenado..... 293

**Incumplimiento de los deberes de asistencia económica** ..... 294

Alimentos constituyen un derecho fundamental de los menores..... 294

Papel de la Procuraduría General de la República como garante de los derechos en materia de familia..... 295

Cualquier procedimiento de familia tramitado en la Procuraduría debe ser considerado uno de los mecanismos administrativos que constituyen el requisito de procesabilidad para iniciar la acción penal ..... 296

Efecto: desestimación del motivo alegado por la defensa ante incumplimiento deliberado por parte del imputado de la obligación alimenticia fijada en sede administrativa ..... 297

**Intervenciones telefónicas** ..... 297

Diferencias aplicables entre los términos nulidad y exclusión probatoria ..... 297

El juzgador debe especificar mediante resolución la autorización de intervención telefónica al tenor del principio de especialidad ..... 300

Aspectos polémicos sobre los hallazgos casuales ..... 300

Tratamiento sobre delitos conexos y de descubrimiento casual de otros delitos por disposición de ley ..... 301

Inexistencia de afectación a la inviolabilidad de telecomunicación, cuando uno de los interlocutores tenga intervenida su terminal por orden judicial ..... 302

Correcta valoración negativa de la declaración testimonial por no constituirse como un medio de prueba ..... 304

Aspectos generales del recurso de casación..... 305

Ley especial regula un estricto escrutinio judicial de este mecanismo de investigación para evitar abusos que generen una injerencia indebida sobre la esfera de derechos fundamentales ..... 306

Normativa especial sólo prevé la posibilidad de controlar las decisiones judiciales en este ámbito mediante recurso de apelación..... 307

Decisiones referentes a la autorización judicial de este mecanismo se encuentra completamente alejado del ámbito de control fijado para la casación ..... 307

Inadmisible por falta de impugnabilidad objetiva..... 307

**Lesiones agravadas** ..... 308

Existe falta de fundamentación por ausencia de análisis concatenado y derivado de elementos probatorios para un adecuado juicio de calificación ..... 308

**Notificación de la sentencia definitiva** ..... 310

Vulneración al derecho de defensa y de audiencia ante la falta o defectuosa producción de la notificación de las resoluciones..... 310

Imperativa la notificación personal cuando la decisión a notificar constituye una privación directa y gravosa de un derecho fundamental, como en el caso de la sentencia condenatoria ..... 312

Obviar la notificación directa al imputado no provoca efectos de una nulidad absoluta, cuando éste gozaba de libertad ambulatoria al momento de convocar a la audiencia de lectura de sentencia ..... 313

**Nulidad de sentencia de primera instancia**..... 314

Improcedente ser objetada vía casación, por no constituir una sentencia definitiva sino una sentencia de acogimiento con efectos de saneamiento..... 314

Efecto vinculante de la jurisprudencia de la Sala de lo Penal..... 315

Casación no constituye una tercera instancia sino una vía de control de legalidad limitada a resoluciones judiciales cuyo contenido y efectos resulten potencialmente gravosos..... 316

Ausencia de violación al derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso por el efecto suspensivo que poseen los recursos..... 316

**Omisión de valoración de prueba**..... 317

Declaración indagatoria no es propiamente una prueba directa sino que constituye un medio de defensa material del imputado ..... 317

Vulneración a las reglas de la sana crítica cuando el tribunal excluye elementos de convicción que podrían haber modificado el fallo..... 319

Efecto: anulación de la sentencia definitiva absolutoria por falta de motivación ..... 320

**Orden de registro y allanamiento** ..... 320

Omisión de estampar el sello del tribunal no compromete su validez ni vulnera derechos fundamentales del imputado ..... 320

**Plazo de interposición del recurso de casación** ..... 323

Requisito mínimo de admisibilidad del medio impugnativo y su inobservancia produce la imposibilidad de un pronunciamiento de fondo ..... 323

**Posesión y tenencia con fines de tráfico** ..... 325

Características diferenciales con el delito de tráfico ilícito ..... 325

Conductas autoreferentes no son punibles ..... 327

Criterio sostenido por la Sala de lo Penal en los casos de personas que en calidad de visitas en un centro de readaptación y/o penitenciario llevan consigo drogas ilícitas ..... 328

Configuración del tipo penal ..... 328

Imposibilidad de establecer que el sujeto activo fue quien trasladó la droga desde un punto de partida hasta el centro penitenciario, descarta el delito de tráfico ilícito ..... 329

**Posesión y tenencia** ..... 330

Alcances del concepto de conducta autorreferente a la luz de la doctrina penal y la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ..... 330

Prescribe la necesidad de que la conducta suponga un efectivo o probable riesgo de lesión a un bien jurídico ..... 331

Labor de Fiscalía General de la República no debe ser buscar automáticamente una condena en todas las causas ..... 332

Defensa no está en la obligación de probar que la droga estaba destinada a ser ingerida por la encausada ..... 332

Elementos que juez debe considerar para comprobar la responsabilidad penal..... 334

**Prescripción de la acción penal** ..... 336

Reflexiones generales..... 336

Clasificación de los tipos penales de acuerdo al momento de su consumación y su incidencia en el cómputo de la extinción de la acción..... 339

Imposibilidad que una nueva normativa procesal penal puede facultar al estado a ejercer el poder punitivo respecto a hechos que ya prescribieron..... 340

**Principio de congruencia**..... 341

Contenido reconocido por el tribunal casacional ..... 341

Observado al haberse emitido un pronunciamiento claro, concreto y acertado ..... 342

Inexistencia de discrepancia entre el fallo y el objeto de acusación .... 343

**Principio de imparcialidad judicial** ..... 345

Constituye un requisito indispensable de un estado democrático de derecho ..... 345

Funcionarios que han conocido previamente de una misma causa deben excusarse en aras de garantizar la legalidad e imparcialidad de su actuación ..... 347

Garantía fundamental..... 349

Recusación y excusa ..... 349

Correcto causal de impedimento al existir un contacto previo con el fondo del asunto..... 350

Improcedente separar a un funcionario judicial que no decide sobre el fondo del asunto sino un trámite de mero derecho..... 350

Naturaleza jurídica ..... 351

Procede abstención cuando exista una relación de trabajo actual o precedente entre el juzgador y una de las partes, pese a no concurrir alguno de los motivos previstos en la ley adjetiva ..... 352

Procedente convocar a magistrados suplentes de otra cámara con competencia penal que no hayan tenido vinculación laboral con el sindicado ..... 353

**Principio de legalidad** ..... 354

Reflexiones sobre el instituto de la inaplicabilidad ..... 354

Ultraactividad y reviviscencia ..... 356

Debe justificarse de manera precisa la razón para utilizar de manera extraordinaria una pena prevista en una norma derogada con anterioridad a los hechos ..... 357

**Prueba documental** ..... 358

Diferencia entre prueba ilícita y prueba irregular ..... 358

Fotocopias incorporadas con aparente fe pública notarial carecen de autenticidad al reproducir documentos de naturaleza privada ..... 359

Posibilidad de valorar las fotocopias como prueba indiciaria cuando haya otros indicios que sustenten su validéz ..... 360

Inexistencia de agravio ante el consentimiento tácito de no señalar la irregularidad sobre los medios de prueba presentados ..... 361

Suficiente prueba de cargo para establecer la participación delincuencial del imputado ..... 361

Acta policial con información de la transacción de droga fue ofrecida oportunamente con la presentación de la acusación ..... 362

Autenticación del contenido del acta policial por medio de la declaración de la persona responsable e interviniente ..... 363

Inexistencia de vicios en la obtención e incorporación de la prueba.... 363

Ley habilita la valoración de prueba indiciaria..... 364

Exclusión mental hipotética de la prueba pericial de cruce de llamadas telefónicas entre los teléfonos y chips incautados a los imputados, no hace variar su participación delincuencial ..... 365

**Prueba ofrecida por el imputado** ..... 366

Posibilidad de aportarse en juicio, siempre que se fundamenten los motivos por los cuales no se lograron incorporar las evidencias en el plazo correspondiente ..... 366

Principio de preclusión de la actividad probatoria ..... 367

Ausencia de vulneración al derecho de defensa, ante denegatoria de prueba ofertada, por no determinar la viabilidad de su procedencia..... 369

**Reconocimiento en rueda de personas** ..... 370

Denuncia de las contradicciones testimoniales no competen a casación ..... 370

Análisis realizado debe exponer las razones que fundamentan la conclusión tomada por el sentenciador..... 371

Mínima incorrección en descripción física no provoca nulidad del acto..... 372

Diferencia con el acto inicial de investigación denominado cardex policial ..... 373

Innecesario practicarlo cuando la captura se da en flagrancia, como consecuencia de un señalamiento directo de la víctima ..... 374

Ausencia de exclusión ilegal como prueba ..... 375

**Reconocimiento por fotografía** ..... 376

Considerado un verdadero acto de prueba siempre que a través de dicho método se individualice al sujeto señalado ..... 376

Deficiencia en la fundamentación sobre la exclusión probatoria de este acto procesal vuelve nula la sentencia..... 377

**Recurso de apelación** ..... 378

Criterios para su admisibilidad no deben ser rigurosos y formalistas .... 378

**Recurso de casación**..... 379

Juzgamiento en Sala de lo Penal no se convierte bajo ningún concepto en una revaloración del material probatorio ..... 379

**Recurso de revisión** ..... 380

Naturaleza ..... 380

Falta de impugnabilidad objetiva..... 380

Posibilidad de ser objeto de casación las resoluciones que modifican el contenido de lo resuelto en la sentencia emitida en respuesta a una revisión ..... 381

Las resoluciones emanadas en recurso de revisión son atacables vía apelación o casación, cuando el pronunciamiento dictado en primera o segunda instancia ha modificado una parte de la sentencia firme..... 382

Procedente declarar inadmisibilidad del recurso de casación cuando no sea objetivamente impugnable..... 383

**Recusaciones** ..... 384

Objeto es asegurar dentro del proceso penal la garantía básica de la imparcialidad judicial ..... 384

Relación de amistad tiene que ser de manera directa entre el juzgador y las partes o interesados y no entre los familiares de éste o allegados ..... 385

Necesario comprobar la relación de amistad ..... 387

Improcedente cuando la concurrencia de la relación laboral que se alega ocurre entre la funcionaria y una persona que no es parte en el proceso..... 388

Denuncia como motivo de impedimento para la separación del funcionario debe ser de naturaleza penal y no administrativa..... 390

Requisitos de interposición y admisibilidad ..... 391

Finalidad es garantizar la cristalinidad de los procesos ..... 392

Procede declararla cuando exista un criterio preestablecido sobre las razones fácticas y jurídicas de la causa ..... 393

**Reemplazo de la pena de prisión** ..... 395

Antecedentes jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional respecto a la imposición de la pena ..... 395

Falta de argumentos del tribunal de segundo grado para denegar un beneficio que se encuentra dentro del margen legal aplicable ..... 397

Finalidad es 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 tenga un efecto de disuasión ..... 398

Ámbito de aplicación debe entenderse a las penas impuestas para cada delito por el que se condene al sujeto y, no tomarse en relación al conjunto de penas a que haya sido condenado ..... 398

Ausencia de infracción ante reemplazo por trabajos de utilidad pública cumpliendo con los parámetros establecidos en la ley ..... 400

**Reglas de la sana crítica** ..... 401

Exigir que el testimonio coincida a cabalidad con el dictamen forense vulnera sistema de valoración probatoria ..... 401

**Robo agravado** ..... 403

Consumación requiere que el sujeto activo haya quedado en capacidad de ejercer actos efectivos de posesión sobre el bien ..... 403

Estadios de ejecución de la teoría de la disponibilidad ..... 405

Se considera consumado cuando se da el apoderamiento material de la cosa, sin disponibilidad del sujeto activo por causas extrañas al mismo ..... 405

Correcta fundamentación de la sentencia definitiva condenatoria ..... 406

**Sentencia**..... 408

Errores materiales en la redacción no inciden en su validez ..... 408

**Supresión, destrucción u ocultación de documentos verdaderos** ..... 410

Elementos del tipo penal ..... 410

Falta de acreditación de circunstancias objetivas que permitan determinar, vía inferencias, el hecho subjetivo del dolo o voluntad de ocultamiento ..... 412

Efecto: anulación la sentencia que confirma la condena emitida en primera instancia ..... 413

**Tenencia, portación o conducción de armas de guerra** ..... 413

Ausencia de vulneración a la cadena de custodia ..... 413

Adecuada valoración de la prueba de cargo y descargo para acreditar la existencia del delito y la participación delincuencial..... 415

Debida motivación y fundamentación derivada de la totalidad de las pruebas ..... 417

Respeto al principio lógico de no contradicción al observarse una fundamentación coherente y concatenada de las probanzas ..... 418

**Tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de armas de fuego**..... 421

Lugares prohibidos para portar armas ..... 421

Necesario establecer el estado de embriaguez con la prueba técnica pertinente ..... 422

Nulidad por defecto en la fundamentación y violación de ley penal sustantiva ..... 423

**Testigo criteriado**..... 424

Aspectos jurisprudenciales..... 424

Valor que revisten los fallos del Tribunal Constitucional de España, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para la Sala de lo Penal ..... 427

Dicho de un coimputado puede servir de confirmación parcial de la versión de otro declarante en la misma condición ..... 427

Falencia de motivación en la cámara no provoca nulidad de la resolución, cuando es posible encontrar los fundamentos de la motivación intelectiva al revisar la decisión de primera instancia ..... 430

Sentido y alcance de los conceptos de presunción de inocencia y carga de la prueba ..... 432

Afirmación por parte de la defensa de circunstancias distintas a la imputación fiscal hace que opere válidamente la carga dinámica de la prueba ..... 435

Falta de coincidencia entre las fechas relatadas en que se produjo la comunicación entre los coimputados, con la de algún evento de transporte de drogas, no produce nulidad..... 437

**Tráfico ilícito internacional**..... 438

Acreditación al verificarse que se utilizó el territorio de la República de El Salvador como Estado de tránsito para el tráfico de sustancias controladas..... 438

Correcta adecuación de la pena ..... 441

**Trata de personas agravada en la modalidad de explotación sexual** .... 442

Consideraciones sobre la prescripción de la acción penal ..... 442

Correcta valoración de la prueba para establecer la configuración del delito..... 443

**Tribunal de segunda instancia**..... 445

Consideraciones jurisprudenciales..... 445

Consideraciones sobre la revisión integral de la legalidad de una condena ..... 446

Análisis comparativo de los recursos de apelación y casación..... 447

Fallo de condena en segunda instancia no impide su revisión integral, tanto en cuestiones de hecho como de derecho, por un tribunal superior competente a través del recurso de casación..... 449

Legítimo el juicio emitido en segunda instancia al revocar el fallo absolutorio y pronunciar directamente la condena..... 449

Ausencia de infracción al principio de inmediación de prueba al fundamentar el fallo en las mismas circunstancias fácticas que desfilaron en primera instancia..... 451

Correcta acreditación de la participación delincuencial del imputado..... 452

**Uso de aparatos, componentes y accesorios electrónicos y de telecomunicaciones en centros penitenciarios, centros de detención o reeducativos** ..... 453

Consideraciones sobre el tipo penal ..... 453

Situación jurídica de un condenado no desaparece al ser trasladado para que atiendan y traten su salud en un centro médico ajeno a la infraestructura de un centro penal..... 454

Asistencia de la imputada en un centro hospitalario no es causa para portar teléfono celular..... 455

Procede revocar sobreseimiento definitivo cuando existe la posibilidad de incorporar elementos de convicción para fundamentar la acusación..... 456

**Uso y tenencia de documentos falsos** ..... 457

Elementos configurativos del tipo penal..... 457

Correcta acreditación del elemento subjetivo con el que actuó el imputado..... 459

Modificación y determinación de la pena ..... 460

**Valoración de la prueba** ..... 463

Posibilidad de admitir el reconocimiento de personas como prueba común para varios casos ..... 463

Procede casar la sentencia por omitir valorar prueba de descargo ..... 464

Correcta valoración de la falta de credibilidad de la constancia ofrecida como prueba de descargo..... 466

Procede casar la decisión objetada ante un deficiente razonamiento intelectivo ..... 467

Corresponde anular sentencia cuando la valoración de las declaraciones omitidas junto con la prueba que existe en el proceso, da lugar a la posibilidad de modificar lo decidido por el tribunal de segundo grado .... 477

Defecto de motivación incompleta al no describir ni ponderar los elementos propuestos en la impugnación planteada..... 478

**Víctimas menores de edad** ..... 480

Poder discrecional del juzgador para llevar a cabo el interrogatorio de su declaración ..... 480

Ley procesal penal establece las reglas que permiten un trato especial para la recepción testimonial del menor ..... 481

Correcta fundamentación de la sentencia definitiva condenatoria..... 481

Recibida la declaración bajo el mecanismo de anticipo de prueba puede realizarse en cualquier etapa del proceso, siempre que el testigo sea menor de doce años ..... 483

Exclusión de valoración del dictamen pericial no invalida la sentencia cuando al aplicar el método de inclusión mental hipotética no hace variar el proveído..... 485

**Víctimas**..... 485

Credibilidad de la declaración ..... 485

Valoración en conjunto de la prueba testimonial y pericial..... 489

Inexistencia de mendacidad en la declaración al ocultar inicialmente la agresión sexual sufrida..... 490

Ausencia de elementos que indiquen falsedad de la declaración..... 490

**Violación en menor o incapaz**..... 491

Alcances de la motivación de las sentencias..... 491

Principio de libertad probatoria..... 492

Violencia no es un elemento definitorio del tipo penal ..... 493

Imposibilidad de verter el testimonio de la víctima en el plenario, no es obstáculo para tener como acreditados los extremos del delito ..... 493

Unión matrimonial entre el agresor y la víctima realizada con posterioridad a la acción delictiva no puede considerarse como elemento exculpatorio..... 494

Conducente informar a la Sección de Investigación Profesional sobre actuación de notario que autorizó un matrimonio con la concurrencia de una testigo inhabilitada por la ley para tal efecto ..... 495

Contravención a la ley en tanto no es procedente la aplicación de excarcelación, como medida cautelar, en razón del tipo de delito sentenciado..... 496

Reenvío de la causa a la cámara de origen a efecto de que ordene lo que a derecho corresponda respecto de la aplicación de las medidas sustitutivas en que actualmente se encuentra el procesado..... 497

Correcta identificación física del imputado aunque no se tengan todos sus datos de filiación..... 497

Legitima incorporación de acta de detención en flagrancia del imputado ..... 499

Tipo penal no depende de la experiencia sexual de la víctima..... 500

Correcta fundamentación de la sentencia definitiva condenatoria..... 501

Corresponde al juez de vigilancia penitenciaria y no al de sentencia realizar los cómputos de la pena..... 501

**Violación**..... 502

Violencia como elemento configurativo del tipo penal ..... 502

Estado inconsciente de la víctima por encontrarse bajo los efectos de bebidas alcohólicas disminuye su posibilidad de impedir el acceso carnal..... 503

Incomparecencia del perito no implica negarle valor al dictamen o que su valoración constituya un defecto de la sentencia..... 504

Dictamen pericial no es un simple documento, sino una prueba que tiene un soporte escrito y que oportunamente puede ser valorado y refutado por las partes procesales..... 505

**Violencia de género**..... 505

El Ministerio Público Fiscal es el encargado de la persecución de las infracciones punitivas, en las que las mujeres han sufrido violencia por discriminación o por misoginia..... 505

Estereotipos y la discriminación en razón del género ..... 507

Impreso en
Talleres Gráficos UCA,
en junio del 2018
San Salvador, El Salvador, C. A
1,200 ejemplares