

**LÍNEAS Y CRITERIOS  
JURISPRUDENCIALES  
DE LA SALA DE LO PENAL  
2018**

**Corte Suprema de Justicia  
Centro de Documentación Judicial**

**San Salvador, 2020**

**Gerente General de Asuntos Jurídicos**

*Lic. Félix Rubén Gómez Arévalo*

**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*

**Diseño de portada:**

*Lcda. Roxana Maricela López Segovia*

# ***Corte Suprema de Justicia***

*Dr. José Óscar Armando Pineda Navas*  
PRESIDENTE

## ***Sala de lo Constitucional***

*Dr. José Óscar Armando Pineda Navas*  
PRESIDENTE

*Lic. Aldo Enrique Cáder Camilot*  
VOCAL

*Lic. Carlos Sergio Avilés Velásquez*  
VOCAL

*Lic. Carlos Ernesto Sánchez Escobar*  
VOCAL

*Lcda. Marina de Jesús Marengo de Torrento*  
VOCAL

## ***Sala de lo Civil***

*Lic. Óscar Alberto López Jerez*  
PRESIDENTE

*Dr. Ovidio Bonilla Flores*  
VOCAL

*Dra. Dafne Yanira Sánchez de Muñoz*  
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***

*Lcda. Elsy Dueñas Lovos*  
PRESIDENTA

*Lic. Sergio Luis Rivera Márquez*  
VOCAL

*Lcda. Paula Patricia Velásquez Centeno*  
VOCAL

*Lic. Roberto Carlos Calderón Escobar*  
VOCAL



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA DE LO PENAL**  
**2018**

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

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 2017 Código Procesal Penal aplicado: Vigente.....	1
Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal 2017 Código Procesal Penal aplicado: Derogado .....	131



*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 de la Sección de Derecho Penal del Centro de Documentación Judicial.*



## PRÓLOGO

La presente publicación es un compendio de la labor desarrollada por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en el año 2018, en su calidad de máximo tribunal del ámbito penal, al que corresponde el análisis y resolución del recurso de casación, con efectos de cierre procesal.

Este volumen contiene una compilación de extractos de las sentencias emitidas por la Sala en el referido año, cuya selección y sistematización se ha realizado en atención a la novedad y trascendencia de la temática tratada, para propiciar su conocimiento y difusión en la comunidad jurídica; de esta manera, se procura cumplir el objetivo nomofiláctico de la casación penal.

A partir de la entrada en vigencia del actual Código Procesal Penal, en 2011, la Sala de lo Penal tiene circunscrita su competencia para conocer del recurso de casación penal contra las sentencias definitivas y autos con efectos procesales de cierre, dictados o confirmados en segunda instancia, es decir, por el tribunal que resuelva el recurso de apelación.

Adicionalmente, 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 representativos dictados en el año 2018, en aplicación ultractiva del Código Procesal Penal de 1998.

En los últimos años, la Sala ha contribuido a un nuevo paradigma judicial, basado en la protección integral y oportuna de la persona humana, bajo un enfoque de mínimo formalismo. Por ello, en esta edición se incluyen 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 en materia penal.

También, en este ejemplar, se encontrarán pronunciamientos que reflejan la transversalidad de la perspectiva de género, al determinar los elementos objetivos para configurar el delito de Expresiones de Violencia contra las Mujeres, en contextos de discusión en los espacios públicos.

Además, en este ejemplar se consigna el criterio de la Sala en el ámbito de los delitos contra la salud pública, en los que se ha establecido que el ánimo de tráfico debe ser acreditado a partir de las circunstancias fácticas del caso concreto, sin aplicar de manera automática un criterio meramente cuantitativo sobre las sustancias prohibidas decomisadas, en línea con la noción que las conductas autorreferentes no deben ser objeto de sanción penal, confirmando el criterio que la Sala de lo Penal ha mantenido desde hace varios años.

De igual manera, en este compendio se recogen pronunciamientos que reflejan el enfoque de protección a personas y grupos en situación de vulnerabilidad, por ejemplo, al abordar la configuración típica del delito de Maltrato Infantil,

con particular referencia a los criterios para identificar excesos en el ejercicio de la facultad parental de corrección.

Las resoluciones de esta Sala seleccionadas en este volumen también se refieren a la regulación de las técnicas especiales de investigación, en respuesta a las actuales modalidades de la criminalidad organizada, buscando preservar el equilibrio entre el legítimo interés sancionatorio estatal y los derechos de las personas que intervienen en el proceso penal. Por ello, se presentan consideraciones sobre el instituto del agente encubierto y su diferenciación con la figura del agente provocador.

Otro aspecto en que la Sala de lo Penal ha tenido ocasión de pronunciarse y que aparece reflejado en este volumen, es la utilización de las nuevas tecnologías en las actuaciones procesales; al haberse abordado la temática atinente a la videograbación del desarrollo de la vista pública y las eventuales consecuencias legales de una grabación defectuosa.

En mi criterio, la independencia e imparcialidad de la justicia es la garantía esencial del funcionamiento del Estado de Derecho y la seguridad jurídica. Para una sociedad como la nuestra, en la que el sistema político democrático se encuentra en proceso de consolidación, después de las experiencias amargas del pasado, la credibilidad e integridad de los tribunales, sumado a un sólido conocimiento del orden jurídico, resulta de particular trascendencia para favorecer la confianza ciudadana.

Por ello, hago patente mi deseo que la divulgación de las actuales líneas y criterios de la Sala de lo Penal en 2018, fomente el debate jurídico de los distintos operadores del derecho; contribuya a la adecuada motivación de las sentencias penales, así como al ejercicio una procuración más eficaz, para todas las partes que redunde en la mejora sustancial del sistema impugnatio vigente; todo ello, constituirá el aporte de este tribunal al anhelado fortalecimiento del Estado de Derecho en nuestro país.

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

# LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO PENAL 2018

Código Procesal Penal aplicado:  
D.L. N° 733 del 22 de Octubre de 2008 - VIGENTE

## ACLARACIÓN Y ADICIÓN EN LOS ACTOS PROCESALES

IMPROCEDENTE AL NO TRATARSE DE PARTES OSCURAS, AMBIGUAS O CONTRADICCIONES EN QUE FUE REDACTADA LA RESOLUCIÓN

“Al examinar la solicitud de [...], esta Sala procede a elaborar las siguientes consideraciones:

i. Con carácter previo, se estima necesario indicar que la aclaración de conceptos oscuros se produce cuando en el lenguaje el juez o tribunal no usa los términos adecuados dando origen a confusiones sobre lo que quiso decir verdaderamente, por esa circunstancia se ha sostenido que el medio impugnatorio denominado “aclaración” constituye un remedio procesal mediante el cual, de oficio o a petición de parte, los jueces o tribunales pueden clarificar sus propias resoluciones judiciales.

También es importante hacer notar que, por regla general, una vez firmadas las resoluciones ya no es posible variar su contenido, aspecto que tanto la doctrina como la jurisprudencia lo consideran como auténtico derecho fundamental, incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencia del Tribunal Constitucional español, 112/1999 del 14 de junio de 1999). Lo anterior, nos indica que sólo por excepción es posible por medio de la aclaración del proveído, la corrección de conceptos oscuros, ambiguos o contradictorios; siendo imperativo, a esos efectos, que el peticionario demuestre al tribunal previamente en qué consisten tales defectos y con ello tener por delimitado el asunto que se deba aclarar y no alterar puntos sustanciales de la decisión judicial, que podrían resultar en afectaciones a los derechos de las partes vinculadas en la causa.

ii. Al trasladar los conceptos relacionados al caso en estudio, esta Sala advierte que la solicitante ha intentado plantear una aclaración de la resolución aludida; sin embargo, en ninguna parte de su escrito expresa por qué considera que la misma, en su redacción, ha resultado ser ambigua, oscura o contradictoria, inconsistencias que denotan que su petición no ha sido debidamente motivada.

A pesar que la postulante ha utilizado el mecanismo procesal de la aclaración y adición de las resoluciones judiciales, conforme a lo regulado en el Art. 146 del Código Procesal penal, el sustento para que esta Sala aclare las razones por las cuales rechazó los motivos de casación que propuso se basa en los argumentos correspondientes a que en su criterio no existe claridad en el empleo de la línea jurisprudencial de esta Sala correspondiente al diligenciamiento del trámite de excusa a pesar de haberse solicitado la recusación; sin embargo, en líneas posteriores transcribe literalmente las disposiciones pertinentes, en las que se

regula que el trámite de la recusación *“procederá según el trámite previsto para la excusa”*. Aunado a ello, discute sobre la corrección de los precedentes citados en la decisión previa emitida por este tribunal.

Este tribunal, ha sido del criterio que fuera de lo previsto en el Art. 146 de la norma adjetiva, esto es, que al no tratarse de partes oscuras, ambiguas o contradictorias en que fue redactada la resolución, no procede la aclaración cuando se intente *“cuestionar aspectos de cómo y por qué se fundamentó o resolvió en determinado sentido, eso atañe a la actividad recursiva, la que resulta improcedente en esta sede por tratarse de una sentencia pronunciada por la Sala de Casación como tribunal de cierre”*: (Al respecto ver, Ref. 131C2015 del 16/03/2015, 487-CAS-2011, del 29/10/2015, y 295C2016, del 17/01/2017).

En vista de todo lo anterior, este tribunal no encuentra que el escrito examinado revista una motivación a la luz de lo regulado en el Art. 146 del Código Procesal Penal, que autorice un pronunciamiento en materia de aclaración y adición; razón por la cual, se considera que lo conducente es rechazar la solicitud de forma *liminar*, y así será declarado en el fallo respectivo.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 278C2017, fecha de la resolución: 20/03/2018*

## AUDIENCIA DE VISTA PÚBLICA

### SUSPENSIÓN DEBIDAMENTE OTORGADA PARA LA INCORPORACIÓN DE INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA DE PRUEBA PRODUCIDA EN EL JUICIO

**“NUEVE.** En cuanto al segundo motivo de casación invocado bajo la causal prevista en el Art. 478 N°1 CPP, el libelista sostiene que *“la sentencia es violatoria de los principios de legalidad, específicamente por violar las reglas del debido proceso con lesión del derecho de defensa”*(Sic). Los preceptos que el recurrente estima infringidos son los arts. 144, 179, 384 Inc. 1° y 390 CPP. Según se señala en el escrito recursivo, el Juez sentenciador suspendió la audiencia de vista pública, de conformidad con el art. 375 N° 2 y 6 CPP, para ordenar “prueba para mejor proveer”. Sin embargo, sostiene que *“el señor Juez no le dio cumplimiento a anunciar un nuevo hecho, ya que insisto tal nuevo hecho no existió, lo único que existió fue la decisión de solicitar prueba para mejor proveer, sin base legal alguna, transgrediendo el art. 390 CPP.”*(Sic). Ese supuesto error en el procedimiento fue expuesto en el recurso de apelación por el licenciado [...]. No obstante, la Cámara declaró sin lugar dicho motivo de apelación, por considerar que el recurrente no había fundamentado su aseveración sobre la inexistencia de un hecho nuevo que justificara la prueba para mejor proveer. Asimismo, la Cámara cuestionó que no se había cumplido con el requisito exigido en el art. 469 Inc. 2 CPP, relativo a la necesidad de reclamar oportunamente la corrección o efectuar la reserva de recurrir en apelación cuando se invoque la inobservancia o errónea aplicación de preceptos legales que constituyan defectos del procedimiento.

**DIEZ.** Sobre el rechazo del aludido motivo de apelación por parte del tribunal de segunda instancia, el casacionista expresa: *“la Cámara tergiversa lo que*

consta en autos y el motivo de la apelación, en primer lugar especula que no se atacó el nuevo hecho, supuestamente surgido en la Vista Pública, asimismo dice que no se atacó la reapertura de la Vista Pública, tal reapertura nunca sucedió; ante la supuesta pasividad de la Defensa Técnica, termina concluyendo que fue su responsabilidad quedarse callado, de situaciones que en realidad no sucedieron, y no se comprende de dónde la Cámara realiza esas aseveraciones temerarias. Lo cual lleva a convalidar la violación del derecho de defensa y que se traduce en violación al debido proceso”(Sic).

**ONCE.** Al cotejar el anterior reclamo con lo consignado en la sentencia por la Cámara de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, se advierte que dicho tribunal indicó: [...]

**DOCE.** De lo anterior, se tiene que el Juez de primera instancia, luego de oír las intervenciones de las partes, decidió suspender la vista pública, con base en lo dispuesto en el art. 375 N° 2 CPP., que expresa que la audiencia se podrá suspender por un plazo máximo de diez días contados continuamente, cuando sea necesario practicar algún acto que afecte su continuidad. En este caso, de lo actuado en el juicio, el Juez consideró necesario aclarar un dato relacionado con el número de placa del vehículo que se alegaba que el imputado se había apropiado o retenido indebidamente. El “hecho nuevo” en este caso era que al vehículo en cuestión le habían realizado un cambio de placas. Ante la duda suscitada al Juez de si se trataba del mismo vehículo, así como el desconocimiento de la razón de cambio de placas, en caso que se tratara del mismo, era pertinente auscultar la razón de esa dualidad de placas, para lo cual requirió informe a la Dirección General de Tránsito del Viceministerio de Transporte Terrestre.”

#### CONTINUACIÓN DEL JUICIO EN UNA FECHA POSTERIOR INDEFECTIBLEMENTE CONSTITUYE LA REAPERTURA DE LA AUDIENCIA

“**TRECE.** En ese sentido, el Juez ordenó la suspensión de la Audiencia y consecuentemente señaló las [...] para su continuación, para cumplir el plazo que ordena el art. 375 CPP. Por tanto, hubo una suspensión debidamente otorgada, para la incorporación de información complementaria a la prueba producida en el juicio y a lo alegado por las partes. La continuación del juicio en una fecha posterior indefectiblemente constituye la reapertura de la audiencia a la que hace referencia el art. 393 CPP. Estas mismas consideraciones son las que en otras palabras efectuó la Cámara respectiva, por lo que la falta de comprensión que expresa el ahora impugnante carece de fundamento. De igual forma, los señalamientos del recurrente hacia el tribunal de apelación, de haber realizado “aseveraciones temerarias”, no tienen otro basamento distinto al de su particular interpretación de los argumentos jurídicos de la Cámara y a la incorrecta elucidación de las disposiciones legales por parte de la defensa, que se refleja en su análisis carente de la necesaria integración normativa del ordenamiento procesal penal.

**CATORCE.** Asimismo, en lo atinente a la convalidación de lo actuado, por no haber presentado oposición la defensa en el momento oportuno en que se suscitó el supuesto acto defectuoso, como argumento de la Cámara para rechazar el motivo de apelación. Se considera que, a pesar de haber señalado el tribunal

*Ad quem* la falta de ese presupuesto para denunciar el error de procedimiento en apelación, terminó pronunciándose sobre el fondo de la causal invocada. Por lo que, carece de sentido ahondar en esa posible causa de rechazo de la pretensión recursiva en segunda instancia, ya que finalmente hubo una respuesta por parte del tribunal de apelación, relativa a la suspensión y continuación de la vista pública ante la necesidad de solicitar información complementaria. De manera que, al haber un pronunciamiento sobre su pretensión recursiva en la alzada, no se advierte que exista algún agravio hacia el derecho de defensa y el debido proceso, como lo arguye el postulante. Por lo que, en atención a las consideraciones anteriores se declara sin lugar el segundo motivo de casación.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 467C2017, fecha de la resolución: 04/05/2018*

## CONTRABANDO DE MERCADERÍAS

NECESARIO ESTABLECER QUE LA MERCADERÍA SE HA SUSTRÁIDO DEL CONTROL ADUANERO AL MOMENTO DE INGRESAR O SALIR DEL PAÍS Y QUE TAL SUSTRACCIÓN PRODUJO O PUDO PRODUCIR PERJUICIO ECONÓMICO A LA HACIENDA PÚBLICA

“1. El impetrante alega infracción a las reglas de la sana crítica con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo en cuanto al análisis y calificación jurídica en el delito de Contrabando de Mercaderías. En esencia acusa que en el Art. 15 literales “c” y “g” de la LEPSIA, se establece como requisito de tipicidad el “ingreso o salida” del país de mercancía gravada; que partiendo de estos dos elementos, en el caso concreto no se ha establecido por medio de los testimonios de los agentes captadores en qué momento el imputado [...] ingresó al país y sustrajo del control aduanero la mercadería incautada; que los captadores no establecieron el lugar de dónde provenía el vehículo en el que se conducía el procesado, sino únicamente refieren que le hicieron señal de alto en el puesto policial Cantón [...], por tanto la conducta de procesado es atípica.

Argumenta que en el literal “g” del Art. 15 LEPSIA, se establece una excepción respecto a la conducta típica, y es que cuando se está ante una tenencia o comercialización de mercancía de origen extranjero, ésta no será constitutiva de delito cuando se compruebe su adquisición legítima; que desde el inicio del proceso el imputado a través de su defensa técnica presentó y agregó la factura de consumidor final emitida por el contribuyente [...], a favor de su cliente; que pese a la existencia de esta factura de compra local de consumidor final, así como la declaración como contribuyente del señor [...], no se le dio valor probatorio, prueba que es decisiva porque estableció la legítima adquisición de la mercadería por parte del imputado; que por ello, la conducta atribuida al procesado [...] resulta atípica.

Que por una compra local no podía exigírsele al imputado la declaración de mercancía y el Formulario aduanero único centroamericano (conocido como FAUCA), porque son documentos que corresponde tener en su poder al importador de la mercadería y no a la persona que la adquirió dentro del territorio; por ello, es erróneo sostener que la legítima adquisición por parte del imputado de

la mercadería que se le incautó, sólo podría ser acreditada a través de los mencionados documentos y no por medio de la factura local que presentó (Art. 15 Lit. g LEPSIA).

Acusa que la Cámara no le dio valor a la factura basada en que el *A quo* no la valoró por un informe emitido por la auditoría tributaria de la Dirección General de Impuestos Internos, Oficina Regional de Occidente, porque el informe concluyó reprochando algunos aspectos de la factura presentada referidos a los requisitos que señala el Art. 114 Lit. “b” del Código Tributario, que ante el incumplimiento de éstos, el mismo código tributario en el Art. 239 Lit. “b” señala la sanción, y lo más interesante es que dicha sanción es de carácter administrativa tributaria pero en relación al emisor (contribuyente), pero que en ningún momento señala que la factura pierde validez por la falta de esos requisitos tributarios, los cuales no se le podían trasladar al procesado por ser propios del vendedor-contribuyente, acotó el impetrante.

2. Previo a resolver el reclamo planteado, es preciso traer a cuenta lo dispuesto en el Tratado General de Integración Económica Centroamericana, que en su artículo III, dice: “Los estados signatarios se otorgan el libre comercio para todos los productos originarios de sus respectivos territorios, con las únicas limitaciones comprendidas en los regímenes especiales a que se refiere el anexo A del presente Tratado. En consecuencia, los productos naturales de los países contratantes y los productos manufacturados en ellos, quedarán exentos del pago de derechos de importación y de exportación, inclusive los derechos consulares, y de todos los demás impuestos, sobrecargos y contribuciones que causen la importación y la exportación, o que se cobren en razón de ellas, ya sea nacionales, municipales o de otro orden. Las exenciones contempladas en este artículo no comprenden las tasas o derechos de gabarraje, muellaje, almacenaje y manejo de mercancías, ni cualesquiera otras que sean legalmente exigibles por servicios de puerto, de custodia o de transporte; tampoco comprenden las diferencias cambiarias que resulten de la existencia de dos o más mercados de cambio o (...) las mercaderías originarias del territorio de los estados signatarios gozarán de tratamiento nacional en todos ellos y estarán exentas de toda restricción o medida de carácter cuantitativo, con excepción de las medidas de control que sean legalmente aplicables en los territorios de los estados contratantes por razones de sanidad, de seguridad o de policía”. Y, en su art. V, dispone: “...Las mercancías que gocen de los beneficios estipulados en este Tratado, deberán estar amparadas por un formulario aduanero firmado por el exportador que contenga la declaración de origen y que se sujetará a la visa de los funcionarios de aduana de los países de expedición y de destino...”. (Sic).

Ahora bien, véase la descripción del tipo penal de Contrabando de Mercaderías, Art. 15 literales c y g de LEPSIA, que literalmente dice: “Constituyen delito de contrabando de mercaderías las acciones u omisiones previstas en esta Ley y por las cuales, la importación o exportación de mercancías se sustraen de la correspondiente intervención aduanera y produzcan o puedan producir perjuicios económicos a la Hacienda Pública o evadir los controles sanitarios o de otra índole que se hubieran establecido legalmente... Constituyen contrabando de mercancías las conductas siguientes: (...) c) La ocultación de mercancías al momento de su ingreso o salida del país por las aduanas o cualquier otra forma

que pueda reputarse como clandestina, de manera que las mismas se sustraigan del control aduanero (...) g) La tenencia o comercialización de mercancías extranjeras sin que las mismas se encuentren amparadas por una declaración de mercancías o el formulario aduanero respectivo, a menos que se compruebe su adquisición legítima...”. (Sic).

De lo anterior, se constata que en las conductas que describen los literales c) y g) del precepto objeto de estudio, debe cumplirse con el requisito que la mercadería haya sido sustraída del correspondiente control aduanero al momento de ingresar o salir del país; y a su vez, comprobarse que tal sustracción produjo o pudo producir un perjuicio económico a la Hacienda Pública. Y para el caso, la tenencia descrita en el literal g) conducta por la cual resultó condenado el imputado [...], debe probarse que la mercadería extranjera que se tiene, no se encuentra amparada por una declaración o formulario aduanero respectivo, salvo que su tenedor compruebe su legítima adquisición.”

#### VULNERACIÓN AL PRINCIPIO LÓGICO DE RAZÓN SUFICIENTE Y DERIVACIÓN, AL NO HACER UNA VALORACIÓN INTEGRAL DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA AGREGADOS AL PROCESO

“3. En el caso particular, los hechos acreditados según la sentencia de primera instancia son los siguientes: [...]

La Cámara, al resolver sobre la adecuación de los hechos acreditados en la figura de Contrabando de Mercaderías, en esencia dijo: [...]

4. De lo examinado hasta este momento y de las pruebas que obran en el proceso, esta Sala concluye que el impetrante lleva la razón al sostener que la conducta por la cual el procesado [...] ha sido condenado a la pena de seis años de prisión, es atípica; ésto por las razones que se dicen a continuación.

La Cámara yerra al afirmar que comparte los criterios adoptados por el juez de la causa para condenar al imputado en las circunstancias acaecidas en el presente proceso, pues no valoró de manera integral y conforme a las reglas de la sana crítica en la vertiente del principio lógico de razón suficiente y derivación, elementos probatorios de valor decisivo, porque se ha verificado que fue admitida e incorporada al juicio la factura número [...], emitida el día [...], por la empresa “Importaciones [...]” con rubro de compra y venta de productos textiles y prendas de vestir, a favor del procesado [...], por la compra de [...] unidades de blusas para damas, por un valor de [...] dólares; y además, consta el informe rendido por la licenciada [...], auditor tributario de la Dirección General de Impuestos Internos, quien informa a la Unidad de la Defensa de los Intereses del Estado (Oficina Fiscal de la ciudad de [...]), del resultado de la investigación sobre el contenido de dicha factura, el que arrojó -entre otras cosas y en lo pertinente- las siguientes conclusiones.

Que de acuerdo a la revisión realizada en el Sistema Integrado de Información Tributaria, el señor [...] no está inscrito como contribuyente de IVA; que el documento que ampara la venta es una factura destinada a emitirse a consumidores finales (Art. 107 C.T.); que el procesado no es contribuyente activo; que el emisor de la factura [...] sí ostenta la calidad de contribuyente de IVA,

según el Sistema de Registro de Contribuyentes que lleva la Dirección General de Impuestos Internos, con el número de identificación tributaria [...] y Número de Registro de Contribuyente de IVA [...]; que la factura presentada por el procesado respalda la transferencia de [...] blusas para damas; que todos los documentos utilizados por los contribuyentes de IVA para respaldar las operaciones son sometidos a un proceso legal, que en el caso de la factura cero cero diecisiete [...], corresponde al tiraje de [...] facturas, asignada y autorizada por la Dirección General de Impuestos Internos según resolución número [...], de fecha [...], el número correlativo autorizado comprende desde el [...], y que por tanto, la factura en referencia constituye un documento legal que soporta la operación realizada por el consumidor final de transferencia de mercaderías.

Asimismo, en el referido informe consta que se hizo comparación entre la información contenida en los formularios Aduaneros Únicos Centroamericanos (FAUCAS) exhibidos, registrados en libro de compras de IVA y declaraciones por el contribuyente [...] y la información proporcionada por Aduana de [...], no determinó inconsistencias; verificándose además, que el contribuyente [...] efectuó internaciones de mercadería consistente en ropa durante los meses de [...]; registró en su Libro de Compras IVA, cuatro internaciones de productos debidamente documentados, mediante los Formularios correspondientes, donde consta la internación de blusas para damas de origen Guatemalteca mercadería que es similar a la descrita en la factura de consumidor final número [...] emitida por la venta de [...] blusas para damas; concluyéndose en dicho informe que los formularios en poder del contribuyente [...] soportan la internación de la mercadería y cumple con lo dispuesto en el Art. 358 del Reglamento del Código Aduanero Uniforme Centroamericano. [...].

Con los hallazgos que se señalan, esta Sala determina que la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, [...], infringió el principio lógico de razón suficiente y derivación, al no hacer una valoración integral de los elementos probatorios introducidos al juicio, y en concreto, porque no tomó en cuenta en su análisis la información que contiene la factura [...] presentada por el procesado, la que debió ser valorada conjuntamente con el informe de la DGI, ya que de haberlo hecho indiscutiblemente hubiese arribado a una única conclusión y es que la conducta del imputado [...] no constituye delito de Contrabando de Mercaderías (Art. 15 Lit. "c" y "g" LEPSIA), ya que por una parte aparece demostrado en juicio que la mercadería incautada ingresó al país bajo el control aduanero respectivo; y por otro lado, existe prueba (factura objeto de investigación) que revela que el acusado adquirió de manera legítima la mercadería incautada, porque si bien es cierto la auditora de la DGI establece que dicha factura no es idónea para la adquisición de mercadería, esto es porque no cumple con algunas de las condiciones que regula el Código Tributario (Arts. 114 Lit. b y 239 Lit. b); debe tomarse en cuenta que son exigibles en todo caso al emisor de la factura, no así al consumidor final; además, al examinar integralmente el informe de la DGI, en éste se establece que la factura constituye un documento legal que soporta la operación como consumidor final.

De manera que al haber afirmado la Cámara que comparte los criterios del sentenciador en el sentido de haber tenido por acreditados los elementos ob-

jetivos y subjetivos del tipo penal de Contrabando de Mercaderías, infringió el principio lógico de razón suficiente porque no valoró integralmente elementos probatorios de valor decisivo que se ha corroborado ingresaron al proceso y que establecen que la mercadería incautada en poder del acusado, no sólo fue adquirida legítimamente sino además se estableció que ingresó al país bajo el control aduanero correspondiente; todo lo cual, se ve reflejado -como se dijo antes-, en la factura de consumidor final que presentó el imputado [...], que ampara la compra de mercadería consistente en doscientas cincuenta y dos blusas para damas, emitida el [...], por el contribuyente [...], quien en los meses de [...], reportó legalmente cuatro internaciones de mercadería (blusas para damas) de origen Guatemalteco mediante Formulario Único Centroamericano (FAUCA); en tal sentido, resulta evidente el error del tribunal de alzada, pues avaló -sin examinar las pruebas- que el procesado ingresó dicha mercadería al país evadiendo los controles aduaneros cuando las pruebas que ingresaron al proceso revelan que el importador-contribuyente al IVA es el señor [...], quien hizo cuatro internaciones de mercadería de origen guatemalteco similares a las descritas en la referida factura, y siendo él mismo el emisor de la factura que presentó el imputado y encontrándose legalmente amparadas sus operaciones ante la Dirección General de Impuestos Internos son circunstancias decisivas para determinar la situación jurídica del imputado en sentido favorable.

En definitiva, esta Sala concluye que lleva razón el impetrante por haberse comprobado que existe errónea aplicación del Art. 15 Lit. “c” y “g” de la LEPSIA que acusa, porque la factura de compra local que el acusado presentó a los agentes policiales al momento de su detención y que fue objeto de investigación por la Dirección General de Impuesto Internos, ampara una compra local que realizó el imputado al señor [...], quien aparece registrado legalmente como contribuyente en la Dirección General de Impuesto Internos, y por ende, no existe prueba que desvirtúe o ponga en duda que sea legítima la adquisición por parte del procesado de la mercadería decomisada; razón por la cual corresponde declarar la nulidad de la sentencia de alzada que confirma la condena, así como la sentencia condenatoria de primera instancia, en atención a la naturaleza del vicio y su relación con los elementos configurativos del tipo penal acusado; en consecuencia, procede enmendar directamente en esta sede el error advertido, absolviendo de toda responsabilidad penal y civil al imputado [...], por el delito de Contrabando de Mercaderías, por la falta de juicio de tipicidad de su conducta.” *Sala de lo Penal, número de referencia: 451C2017, fecha de la resolución: 14/05/2018*

## **DETERMINACIÓN DE LA PENA**

INCORRECTA MODIFICACIÓN DE LA PENA DEL TRIBUNAL AD QUEM ANTE LA INEXISTENCIA DE ELEMENTOS QUE ACREDITEN LOS ROLES QUE EJECUTARON LOS ACUSADOS PARA POSEER LA DROGA

“5. Se estima oportuno acotar que esta Sala en anteriores resoluciones -207C2015 de fecha 18/11/2015- ha dicho ya, “que la finalidad de tráfico debe

concurrir en cualquiera de las modalidades descritas en el Art. 34 de la LRARD como delito de Posesión y Tenencia; y que este elemento subjetivo, no siempre se desprenderá de las mismas condiciones objetivas y subjetivas en todos los casos, sino variarán según cada hecho en particular. También se ha dicho, que el delito de Posesión y Tenencia (en sus tres modalidades), sólo será punible en aquellas ocasiones en que se haya probado -sea mediante prueba directa o indiciaria-, que la persona que ostenta la sustancia prohibida en una escasa cantidad (menos de dos gramos, o más, pero insignificante a juicio discrecional del juzgador) la tiene para transmitirla a terceros y no para su consumo, pues de no acreditarse esta circunstancia (ánimo o intención de tráfico) en atención a la presunción de inocencia que le ampara la Constitución de la República (Art. 12 Cn.) cabría presumir que la posesión no estaba destinada al tráfico (Sentencia 291C2013 de fecha 07/04/2014).”.

Es decir, si se demuestra con los medios probatorios pertinentes que no se está ante una tenencia para consumo personal, porque el *factum* proyecta una historia de la cual es imposible sostener o considerar un autoconsumo, derivado de la gravedad de la lesión que produce a la salud pública y la prueba de cargo se orienta a convencer que el propósito de su conducta es el tráfico ilícito, su comportamiento conlleva un accionar que merece mayor reproche penal.

Por tanto, el “ánimo de traficar” no es un elemento nuevo incorporado a los tipos penales preexistentes, sino la acotación o aclaración que éste siempre debe estar presente para que el comportamiento sea punible.

Asimismo, se estima oportuno retomar la sentencia 70-2006 referida por el tribunal de alzada, donde se dijo que el criterio meramente cuantitativo de la cantidad debe ser complementado en el análisis judicial con otros aspectos tales como: 1) el tipo de droga, 2) nocividad, 3) su presentación, 4) ocupación conjunta de varias sustancias, 5) la tenencia de instrumentos o material relacionado para la elaboración o distribución de la droga; debiendo distinguirse con el análisis probatorio si la droga encontrada es para autoconsumo, o si el comportamiento está dirigido al tráfico u otras conductas de fomento de la droga, conducta que resultaría punible, pues el legislador sanciona penalmente al autor por haber ejecutado actos que lesionan con mayor severidad el bien jurídico tutelado salud pública, con el objeto de realizar cualquiera de las conductas de tráfico ilícito, supuesto en que no cabe la posesión y tenencia de la droga para consumo propio.

Del contexto anterior, se observa que la Cámara ante el recurso de apelación interpuesto por fiscalía, consideró que la calificación del delito no se adecuaba al Inciso 3º del Art. 34 LRARD, como lo pretendía fiscalía, sino en el inciso 2º de esa disposición, tal como lo hizo el A quo, pero, modifica la pena a cuatro años de prisión, al considerar que los acusados portaban la droga con el propósito de traficarla, al tener en cuenta que éstos se desplazaban frente a una terminal de buses, que son jóvenes, que residen en diferentes colonias del municipio de Ahuachapán, que al ser registrados le encontraron a [...] 38 porciones de marihuana en bolsitas de plástico transparente, dentro de una bolsa plástica negra con un peso de 33.7 gramos y al acusado [...] le encontraron 20 porciones de marihuana, en bolsitas transparentes anudadas, dentro de una bolsa plástica negra, con un peso de 21.4 gramos, que el primero es carpintero y obtiene un

salario de treinta dólares semanales, mientras el segundo dijo ser agricultor y recibe ocho dólares diarios, descartando que la droga fuera para el autoconsumo, porque ninguno de los dos manifestó ser consumidor de marihuana.

Además, consideró que, resulta obvio que ambos imputados compartían un plan delictivo en común, es decir, que no fue circunstancialmente que ellos se encontraron en el mismo lugar y a la misma hora en que fueron capturados y que por casualidad los dos portaban droga; siendo evidente, también, dice la Cámara, que se repartieron roles para poseer cada uno cierta cantidad de droga, y fueron sorprendidos durante la ejecución de la conducta prohibida por el legislador; lo que le hizo presumir que la posesión y dominio de la droga era en común, que entre ellos se dio una coautoría y la portaban con el propósito de traficarla.

No obstante lo anterior, a juicio de esta Sala el análisis realizado para la modificación de la pena por el tribunal de alzada, no es del todo correcto, pues, si bien adecuó el ilícito en el inciso segundo del Art. 34 LRARD, la penalidad no debe derivarse o verse reflejado en la sumatoria de las dos cantidades de droga que portaban los acusados, en relación al peligro potencial ocasionado, tal como lo hace la Cámara, lo que se debió acreditar es que la extensión del daño y el peligro efectivo ha sido de gravedad al considerar la afectación al bien jurídico protegido, por cada imputado, teniendo en cuenta la clase y cantidad de la droga decomisada individualmente, por cuanto, no es dable presumir que la posesión y dominio de la droga era en común, no hay elementos que acrediten, ni lo menciona la Cámara, cuáles fueron los roles que ejecutaron los acusados para poseer la droga y que lo llevaran a concluir que éstos compartían un plan delictivo en común, no basta que el tribunal afirme que por el hecho que los acusados iban caminando juntos y que éstos residen en diferentes colonias, se repartieron los roles para poseer la droga, ya que no se acreditó ningún tipo de relación existente entre los acusados.”

PROCEDE ADECUAR LA PENA POR EL TRIBUNAL CASACIONAL CUANDO LA FUNDAMENTACIÓN DEL AD QUEM EN LA DERIVACIÓN PENOLÓGICA NO ES ACORDE A LA CULPABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD ENTRE LA CONDUCTA, LA LESIVIDAD Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL PROCESADO

“Además, el hecho que los imputados provinieran de diferentes colonias del mismo municipio o caminaran juntos, no es un dato que lleve a concluir exclusivamente que éstos compartían un plan delictivo común, pues, también podría derivarse de un encuentro producto del azar, razón por la cual, esa circunstancia no puede ser considerada para generar un perjuicio a los acusados.

Por otra parte, debe recordarse que el deber de motivar la pena, se encuentra dentro del derecho de fundamentación, de allí, que debe indicarse en el fallo con claridad los elementos de juicio, normas y circunstancias particulares del imputado, que se valoran conforme a las reglas de imposición de pena, el análisis de la sanción debe ser razonado y proporcional y ajustarse dentro de los parámetros prefijados por la ley, tomando en consideración el desvalor de la acción y del resultado, así como la culpabilidad del autor, los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la pena.

Para ello, debe considerarse la identificación del marco legal aplicable y la individualización de la sanción, así como las circunstancias objetivas de la conducta y las subjetivas del imputado, fijando el quantum que merece la persona declarada penalmente responsable por el delito cometido. Debiendo tenerse en cuenta lo regulado en el Art. 63 Pn.

Sin embargo, como se observa, el tribunal de alzada no ha fundamentado la modificación que de la pena realizara, ello, porque no fueron considerados los criterios de graduación a que se refiere el Art. 62 y siguientes del Código Penal, los cuales le permitieran incrementar la sanción que corresponde por el delito atribuido a los acusados, advirtiéndose que el parámetro de fundamentación plasmado en la sentencia adolece de un defecto de derivación, dado que los argumentos con los que se pretende sostener la decisión judicial, a criterio de este tribunal, no permite el incremento del quantum que en su momento fue impuesto por el A quo, es decir, que los parámetros tendentes a acreditar peligrosidad y una mayor afectación al bien jurídico protegido, únicamente quedaron a nivel de forma, pues, en esencia los argumentos expuestos no permiten sostener un análisis crítico, porque no basta imponer una pena al culpable, sino que además, debe ser proporcional al grado de culpabilidad y con el principio de proporcionalidad entre la conducta, la lesividad y la responsabilidad penal, lo cual no se advierte en las reflexiones emitidas por la Cámara. Corrobórese:

“La penalidad que puede aplicarse a los justiciables oscila entre tres a seis años de prisión; por lo que la penalidad mínima debe imponerse cuando la lesividad ha sido la más insignificante, es decir, cercana a los dos gramos de droga; empero, no podemos soslayar que en el caso sub iudice el riesgo para la salud pública fue cuantificable en más de cincuenta gramos de marihuana; por tanto, la dosimetría penológica ha de ser en un quantum mayor al mínimo establecido por el legislador; para ser congruentes con el grado de culpabilidad y con el principio de proporcionalidad entre la conducta, la lesividad y la responsabilidad penal. En consecuencia, hemos de reformar la decisión judicial únicamente en lo relativo a la sanción jurídica, imponiéndole a cada uno de los imputados la pena principal de cuatro años de prisión, así como las penas accesorias de pérdida de los derechos de ciudadano e incapacidad para obtener un cargo público, durante el tiempo de la condena, en el resto de la sentencia se ha de confirmar por estar apegada a derecho (...) B) Reformase parcialmente la sentencia venida en apelación, únicamente en lo relativo a la penalidad impuesta y revocase el reemplazo de la pena (...)”. (Sic).

Con todo lo expuesto se estima que lo adecuado y proporcional a la culpabilidad de los imputados es la condena impuesta por el Tribunal de Sentencia de Ahuachapán, bajo los criterios de graduación considerados en esa resolución, pues, la sanción se encuentra debidamente motivada y justificada, la cual resulta proporcional con el hecho atribuido y al grado de responsabilidad o culpabilidad de los inculcados, respecto de la conducta que han ejecutado, ello conforme a los parámetros del Art. 63 Pn., que sienta su base sobre el principio de culpabilidad, Art. 12 Cn.

Con base en lo anterior, este Tribunal estima que se ha configurado el vicio denunciado por los recurrentes, pues, la fundamentación probatoria por parte del

tribunal Ad-quem, de la que derivó la pena impuesta, no es acorde con la responsabilidad de éstos, debiendo accederse a la pretensión recursiva.

Y, en atención a lo dispuesto en el Art. 84 Inc. 3º Pr. Pn., y por razones de economía procesal, esta Sala procederá a adecuar la pena según los parámetros establecidos en el Art. 34 Inc. 2º de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, retomando los argumentos expuestos por el A quo para fundamentar la imposición del mínimo legal establecido, es decir, tres años de prisión, así como la determinación del reemplazo que efectuara de la misma.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 33C2018, fecha de la resolución: 27/09/2018*

## ESTAFA AGRAVADA

CÁMARA NO ABORDA EL NÚCLEO DEL AGRAVIO QUE ES DESVIRTUAR SI EXISTió O NO UN NEGOCIO JURÍDICO CRIMINALIZADO

“Alega el impugnante que no está de acuerdo con la resolución emitida por el señor Juez Primero de Paz de la ciudad de Santa Tecla y que confirma la Cámara, dado que se aplicó erróneamente el Art. 350 inciso 1º del Pr. Pn., por inobservancia de las reglas de la sana crítica, vulnerándose el principio de razón suficiente integrante de la lógica como regla de la sana crítica, principio que explica que el razonamiento debe estar constituido por inferencias razonables deducidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones que en base a ellas se hayan determinado, ya que no se fundamentó la decisión de sobreseer definitivamente al imputado, pues se interpretó un incumplimiento contractual entre la víctima y los imputados del marco fáctico, y que a criterio de dicho juzgador tiene por resultado la atipicidad de la conducta acusada por el ente fiscal, ya que, a su criterio, los cheques no fueron motivo de engaño; por lo que considera que los fundamentos del juez *a quo* y de la Cámara no son razonables, ni deducidos de los elementos ofrecidos como prueba, por lo que el recurrente solicita que se anule totalmente el auto de sobreseimiento definitivo.

Analizadas las actuaciones, esta Sala considera que el motivo invocado por la representación fiscal debe **estimarse** conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes:

En primer lugar, se tiene que el argumento principal de la apelación deducida por el ente fiscal ante la Cámara consistió en que el Juez Segundo de Paz de Santa Tecla no observó las reglas de la sana crítica, habiendo incurrido en la errónea aplicación del Art. 350 No. 1 del Código Procesal Penal; argumenta el apelante que si bien es cierto la relación comercial entre los imputados y la Sociedad [...], representada por el señor [...], comenzó en el año dos mil cinco, las acciones delictivas de los procesados no se circunscriben a esa relación comercial; sino que, tal y como se expuso en el requerimiento fiscal, fue en el mes de junio de dos mil trece, que el incoado señor [...], le propuso a la Sociedad [...] un negocio, que consistía en que él se encargaría de comercializar los productos lácteos de dicha empresa, ofreciendo como estrategia que ya no sería él el

representante de la sociedad en el país, sino su esposa, la también procesada [...], y que, aunado a ello, ofrecía sus credenciales comerciales como garantías de que el negocio sería un éxito. [...]

Ahora bien, para determinar si los razonamientos expresados por la Cámara para confirmar el referido sobreseimiento son suficientes y acordes a lo denunciado en el respectivo recurso de apelación, cabe relacionar el análisis efectuado por el tribunal de alzada, en el que expresó que el Art. 350 Inc. 2° Pr. Pn., establece que el Juez de Paz sólo podrá decretar sobreseimiento definitivo cuando resulte con certeza que el hecho no ha existido, no constituye delito o haya certeza de la existencia de una excluyente de responsabilidad penal. Concluye en su providencia, que [...]

Como puede apreciarse, la Cámara en ningún momento aborda el núcleo del agravio que era, en esencia, desvirtuar si en el caso de autos existió o no un negocio jurídico criminalizado, que aunque alude al mismo vagamente en sus citas doctrinarias, lo cierto es que ha soslayado deliberadamente el planteamiento de apelación, que conforme a la regla procesal de congruencia del Art. 359 Inc. 1 Pr. Pn., estaba obligada a pronunciarse. Principalmente, porque a criterio de la Sala la absolución anticipada del caso sobre la base de que existe certeza de que el hecho es atípico por estimar el *a quo* y la Cámara también, que el caso debía resolverse como un mero incumplimiento contractual, resulta por demás prematuro, pues, no se debe perder de vista que el presente proceso penal como tal, se encuentra en una fase incipiente y que si bien se reconocen las facultades de los Jueces de Paz de sobreseer durante la audiencia inicial, ello no significa que se deba pasar por alto un examen detenido y cuidadoso de los elementos de convicción que determinados casos como el presente requiere.”

#### CONSIDERACIONES RESPECTO AL DOLO CIVIL Y DOLO PENAL

“Sobre lo anterior, esta Sala considera oportuno traer a colación que en el delito de Estafa, el dolo del engaño debe ser precedente o concurrente con el acto de disposición patrimonial de la víctima y sin el cual no se habría producido el traspaso patrimonial o acto de disposición que realiza el propio perjudicado bajo la influencia del artificio que mueve su voluntad y que ocasiona, a su vez, un perjuicio patrimonial propio o de un tercero. Por lo tanto, el engaño debe ser el origen del error, el error dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial.

Oportuno es, entonces, recordar la distinción entre el dolo civil y el dolo penal, en cuya línea divisoria se 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 convictiva, 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 ilícita.

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 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 pueda ser regulada por el derecho penal. Dicha postura desvirtuaría al derecho civil, convirtiéndolo en un escudo para todos aquellos que con el pretexto de celebrar convenios 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.

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 concorra 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, ocultando 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. 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 aparece 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, como ya se indicó, 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.

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...*”.

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...”. (Véase sentencia de la Sala de lo Penal, Ref.178C2015, de las 8 horas y 5 minutos del 17/08/2015).”

PROCEDE ANULAR EL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO AL EXISTIR LA PROBABILIDAD QUE CONCURRA UN DOLO DEFRAUDATORIO, LO QUE ES POSIBLE CONSIDERAR DEL ANÁLISIS DE LA PRUEBA PROPUESTA EN EL REQUERIMIENTO

“Por todo lo dicho, esta Sala no comparte el criterio sustentado por la Cámara, ya que en el ilícito de Estafa que nos ocupa, existe la probabilidad que concurra en los encausados dolo defraudatorio, que exige que el sujeto activo actúe con conciencia y voluntad de incumplir el contrato desde que se inician los hechos constitutivos del delito -dolo antecedente o concomitante-; circunstancia que es posible considerarla del análisis de los elementos probatorios propuestos en el requerimiento fiscal, del cual no hay constancia en el proveído, es decir, que no se advierte en la decisión impugnada que tales elementos de convicción se hayan ponderado desde la perspectiva de los supuestos configurativos del negocio jurídico criminalizado, que fue el tema nuclear invocado en apelación.

Dicha probabilidad se desprende de la falta de examen -en la línea argumentativa expresada- de las circunstancias fácticas que no fueron valoradas, tanto por el Juez de Paz, como por la Cámara; pues tal como aparece en las actuaciones, de lo sostenido en las entrevistas de los testigos y víctima, y la demás prueba documental -elementos de convicción únicamente de cargo-, es probable darle crédito a la tesis fiscal que los imputados se aprovecharon de la confianza y la buena fe que el señor [...] les había brindado, en virtud de la forma de trabajo que se venía realizando desde el año dos mil cinco y de la relación comercial que existía entre ellos. Por lo que, a juicio de la Sala, resulta factible que en las etapas del proceso que restan por cumplirse, se demuestre que los imputados sabían de antemano que ellos no contaban con la cantidad de dinero suficiente para hacerle frente a las obligaciones contractuales que se estaban generando. De consiguiente, no resultó acertado que el proceso se haya cerrado en esta fase, por lo que es menester que el mismo continúe y se discuta, oportunamente, la concurrencia o no de la tesis fáctica y jurídica planteada en el requerimiento fiscal.

Por las razones antes esgrimidas, y en virtud de la procedencia del motivo invocado por la parte recurrente, concluye este Tribunal que tanto la Cámara como el Juez Primero de Paz de Santa Tecla, incurrieron en el vicio alegado, por lo que se procederá a declarar la nulidad de ambas resoluciones -de segunda y primera instancia-, debiéndose retrotraer el proceso hasta la audiencia inicial para que se reponga, por parte del Juzgado Primero de Paz de la Ciudad de Santa Tecla, la resolución de primera instancia anulada y ordene la continuación de las actuaciones a la siguiente etapa del proceso.”

DECISIÓN DE EMITIR SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO DEBERÁ CONSTAR EN AUTO SEPARADO Y NO EN ACTA

“Finalmente, esta Sala advierte un aspecto formal de las actuaciones que amerita ser señalado, en el sentido que el Juez Primero de Paz de la Ciudad de Santa Tecla emitió el sobreseimiento definitivo a favor de los procesados [...] en el acta de audiencia inicial de las [...], sin proceder a la emisión del auto correspondiente que contenga dicha decisión, lo cual constituye una clara inobservancia de los artículos 144 y 353 del Código Procesal Penal, de cuyo tenor se desprende que dicha resolución se debe plasmar en auto separado. Lo anterior, ha sido criterio sostenido por este tribunal casacional en múltiples precedentes, por ejemplo, en la sentencia con referencia 164C2016 de las ocho horas con diez minutos del día veintiocho de octubre del año dos mil dieciséis, se indicó: “... según la esencia del sobreseimiento definitivo, su materialización en acta vuelve equívoco éste, ya que por su naturaleza, no cumple con las formas predeterminadas para la emisión o estructuración del mismo o de cualquier decisión de fondo, en cuanto a que la misma es una narración emitida por el secretario de lo sucedido en audiencia, no así un acto donde el Juzgador fundamenta la decisión a la cual arribó; es decir, no constituye una sentencia o auto...” (Sic.).

No obstante el defecto señalado, al haber decidido esta sede anular el sobreseimiento definitivo por las razones expuestas en el desarrollo de la presente

resolución, carece de interés procesal un pronunciamiento de nulidad a este respecto, lo que no impide hacer un llamado de atención al Juzgado Primero de Paz de la Ciudad de Santa Tecla, para que en lo sucesivo este tipo resoluciones las emita a través de auto y no sólo en el acta de audiencia inicial, en concordancia con la ley y los criterios establecidos por este tribunal casacional.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 251C2017, fecha de la resolución: 07/03/2018*

#### DOLO DEBE SER NECESARIAMENTE DE CARÁCTER ANTICIPADO

“Esta Sala, producto del estudio de los motivos admitidos en relación a la resolución objeto de impugnación, considera que éste no se configura, con base en las razones que a continuación se detallan:

Respecto del primer motivo relativo a la falta de fundamentación por vulneración de las reglas de la sana crítica, el peticionario en esencia lo fundamenta con los argumentos que literalmente, dicen: [...]

Y como segundo motivo el recurrente alega la errónea aplicación de los Arts. 215 y 216 Pn., justificándolo con los juicios de valor que en lo medular, refieren: [...]

De los razonamientos antes transcritos se determina, que si bien es cierto el recurrente alega la existencia de dos motivos de casación, las justificaciones que los desarrollan tienen una misma estructura lógica, ya que ambos vicios concluyen en que la Cámara erró al no tener por comprobado el dolo en el actuar de los procesados, pues a su criterio era suficiente la acción de ocultar la existencia de gravámenes en la propiedad hipotecada para establecer el engaño, situación por la cual el análisis y abordaje de los motivos se efectuará de forma conjunta, de igual forma, constan una serie de razonamientos que son tendentes a cuestionar la manera en que tanto el tribunal de primera instancia como el tribunal de segunda instancia valoraron ciertos elementos de prueba, lo que queda excluido del estudio de casación, por ser de su competencia sólo lo relativo a la inobservancia o errónea aplicación de la ley, pero no lo relativo a la determinación de hechos, ni ponderación de la prueba; por consiguiente, de tales argumentos no se emitirá pronunciamiento alguno.

En ese orden de ideas, se vuelve importante analizar el dolo como elemento constitutivo del delito de Estafa por ser éste el objeto de cuestionamiento, teniéndose así que es en el Art. 4 Pn, que desarrolla el principio de responsabilidad, que se contempla la necesaria existencia del dolo o la culpa para imponer una sanción, entendiéndose de conformidad a la doctrina mayoritaria, que el tipo subjetivo en los delitos dolosos está conformado por el dolo, comprendido como el conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo de un hecho punible, por tanto, sus elementos integrantes son el intelectual o cognoscitivo y el volitivo.

Lo anterior conlleva, que para actuar dolosamente el sujeto debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que conforman el hecho típico, siendo precisamente ese conocimiento el que se constituye en un requisito previo a la voluntad, sin ser necesario que el sujeto antes de actuar realice una reflexión sobre su futura acción, de igual forma, no es imprescindible que tenga una com-

presión exacta de cada uno de dichos elementos, sino que es suficiente con que posea un aproximado de la significación social o jurídica de los mismos y a su vez para actuar dolosamente es preciso querer realizarlo, ya que la concurrencia de esa voluntad es lo que fundamenta el mayor desvalor de acción del tipo de injusto doloso frente al imprudente, dado que, al cometer acciones ilícitas con dolo se decide menoscabar el bien jurídico protegido por la norma penal.

En consonancia con lo dicho el dolo requerido para el delito de Estafa necesariamente tiene que ser de carácter anticipado, ya que el autor con antelación, tiene la idea de engañar o defraudar a un tercero, a afecto de causar un perjuicio patrimonial, ya sea en beneficio propio o de otra persona, el sujeto activo sabe de lo ilícito de su conducta, pero aun así no desiste de continuar y actúa aceptando los perjuicios o consecuencias negativas de su conducta.

Respecto a lo manifestado el Código Penal de El Salvador Comentado en su tomo II, página 753, refiere: "... Con carácter mayoritario se exige que el sujeto activo busque lograr, para él o para otro, un enriquecimiento correlativo al perjuicio causado al sujeto pasivo, consistiendo en esto la voluntad de obtener el provecho injusto que, como elemento subjetivo del tipo, exige la ley. --- Es necesario el dolo, que debe abarcar todos los elementos que hemos citado y que por la descripción leal, solo puede ser directo..." (sic)."

#### ADECUADA JUSTIFICACIÓN EN CUANTO A QUE EL ARDID ADUCIDO POR LA PARTE ACUSADORA NO HA CONCURRIDO, EVIDENCIÁNDOSE MEDIANTE EL ANÁLISIS EN CONJUNTO DE LA PRUEBA OFERTADA

"Aclarado lo que antecede, es necesario revisar los argumentos que se consignan en la resolución en relación a la acreditación o no del elemento subjetivo del delito acusado, teniéndose así los que en esencia y textualmente refieren: [...]"

Con los citados juicios de valor, es factible manifestar que existe una fundamentación por parte de la Cámara en cuanto a los puntos sometidos a su conocimiento que formaron parte del análisis del motivo de apelación, mediante el cual se evidencia el análisis de los distintos medios de prueba ofertados en la audiencia preliminar y que a su criterio éstos no se volvieron suficientes para acreditar el elemento subjetivo requerido por el delito de Estafa Agravada como es el dolo, dado que, se expresa que mediante el testimonio de escritura pública de constitución de hipoteca abierta se describe que efectivamente el imputado [...] expresó la existencia de dos gravámenes sobre su porcentaje de propiedad o derecho proindiviso del inmueble ubicado en el [...] que fue objeto del contrato a favor de la sociedad [...] S. A. de C. V., de igual forma se hace ver que la imputada [...] de acuerdo al mismo testimonio se compromete a responder de la solvencia registral del inmueble, aspectos que de acuerdo a la Cámara son corroborados por la certificación extendida por la registradora del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, de la Primera Sección del Centro.

Aunado a lo anterior, se señala que de acuerdo a los testimonios de escritura pública compareció en ambas escrituras el Licenciado [...] en su calidad de director presidente y representante legal aceptando el contenido de las mismas;

es decir, que la Cámara concluye que al haberse hecho constar la existencia de los gravámenes sobre el inmueble que se estaba hipotecando, la sociedad [...] S. A. de C. V., se encontraba conocedora de tal situación, por tanto, si el supuesto ocultamiento de los gravámenes es a criterio del recurrente lo que configura la conducta engañosa y el actuar doloso, efectivamente no se encuentran indicios que lleven a pensar que este concurrió, ya que tal y como se plantea en la estructura lógica de pensamientos consignados por el tribunal de segunda instancia, la sociedad estaba enterada de las condiciones en que estaba el inmueble, no volviéndose posible alegar su desconocimiento en un documento que la sociedad misma aduce que es válido como es la hipoteca abierta.

Consecuentemente, en la sentencia se ha justificado en debida forma que el ardid aducido por la parte acusadora y que había servido para acceder al desembolso del dinero, no ha concurrido, evidenciándose el análisis en su conjunto de la totalidad de los elementos probatorios ofertados que los llevaron a esa conclusión, por tal razón queda también demostrada la no configuración del elemento subjetivo del tipo penal, que tal y como se indicó, no se comprobó el conocimiento y voluntad por parte de los procesados de un actuar de forma engañosa, por tanto, ambos motivos de casación no se configuran, debiéndose así mantener la validez de la sentencia.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 391C2017, fecha de la resolución: 05/03/2018*

POR REGLA GENERAL EL PRONUNCIAMIENTO DEL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO ES EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN, DADA SU FUNCIÓN SANEADORA Y PARA EVITAR JUICIOS INNECESARIOS

“Con respecto a los motivos alegados, denominados por el recurrente como inobservancia a las reglas de la sana crítica en relación a medios o elementos probatorios de carácter decisivo. Art. 478 N° 3 Pr. Pn. e inobservancia de los Arts. 215 y 216 numeral 1 y 2 Pn., se resolverán en un mismo apartado por contener sus fundamentos características homogéneas.

El recurrente divide su fundamentación en dos etapas, la primera sobre la función del juez instructor y la segunda sobre la existencia de elementos de convicción que permiten acreditar los hechos como Estafa Agravada. En el primer caso, manifiesta lo siguiente: [...]

Ahora bien, esta Sala procede a examinar la fundamentación de la resolución impugnada, advirtiendo que la decisión del *Ad-quem*, descansa en los siguientes argumentos: [...]

Esta Sala, comparte el criterio del tribunal de segunda instancia en cuanto a la función del Juez Instructor, porque los diversos niveles de conocimiento que ejercitan dichos jueces, les habilita a dictar, cuando sea procedente, el sobreseimiento o el auto de apertura a juicio, basándose en los elementos existentes respecto del delito y participación Art. 355 Pr.Pn. En ese sentido, la etapa de instrucción está orientada a la reconstrucción del hecho y a la individualización de los autores y partícipes en el, es decir, corresponde al juez dentro de su discrecionalidad determinar si los elementos de prueba son pertinentes, relevantes

e idóneos para pasar a la subsiguiente etapa y determinar la responsabilidad o mantener la inocencia del incoado.

Manifiesta el recurrente, que el *A quo* valoró la prueba como un juez de sentencia, cuando no existió intermediación de la misma, sobre estos puntos es menester acotar que el sobreseimiento definitivo es un acto de naturaleza conclusivo que concreta una decisión judicial, poniendo fin al proceso e impide el ejercicio de la acción penal, por tanto debe ser fundamentado, porque es un pronunciamiento que se equipara a una sentencia absolutoria, en cuanto es capaz de producir efectos de cosa juzgada, elevando el valor de dicha resolución a un cierre definitivo e irrevocable del proceso, por esa razón, la regla general es que sea en la fase de instrucción dicho pronunciamiento, porque es la etapa en la que se ofrece el andamiaje probatorio que sustenta la acusación y que evidencia si existe o no una vinculación del imputado en el hecho, para evitar juicios innecesarios, dicha valoración no es la de un juez de sentencia, sino estimaciones que un juez de instrucción por la naturaleza de las decisiones que la ley le faculta debe realizar constituyendo una etapa de filtro del proceso penal.

En razón de lo anotado, se advierte que la Cámara confirmó el sobreseimiento dictado, por el *A-quo*, compartiendo el análisis realizado por éste, quien a [...] manifestó lo siguiente: [...]

En consecuencia, los razonamientos planteados por el tribunal de primera instancia, no exceden sus potestades funcionales, pues se debe justificar si existen o no elementos que sustenten la acción punitiva; asimismo, al realizar un análisis de tipicidad que también es atribuible al juez instructor y ante la falta de elementos como manifiesta la doctrina, debe cesar la persecución penal, ya que no es procedente la continuación de la causa cuando el resultado desincriminante ha sido claro durante el desarrollo de la instrucción. La circunstancia que derive de la investigación que el hecho no fue cometido, hace desaparecer el presupuesto fáctico de la imputación, extremo que también se aplica a lo relativo a la autoría. En el *subjudice* ambas instancias de conocimiento coinciden en que no existen elementos para el encuadramiento de la relación fáctica al tipo penal, análisis que es parte de la fase de instrucción dada su función saneadora y así evitar un desgaste judicial.”

#### AUSENCIA DE DELITO AL NO LOGRARSE SUSTENTAR EL NEXO CAUSAL ENTRE EL ARDID Y EL RESULTADO DE LA ENTREGA PATRIMONIAL AL IMPUTADO

“Como segundo punto, el recurrente alega lo siguiente: [...]

En cuanto al reclamo planteado, el tribunal de segunda instancia fundamentó su postura aludiendo: [...]

La Cámara, concluye lo siguiente: [...]

En el *subjudice*, conforme al análisis que consta en la decisión recurrida, no fue posible inferir la concurrencia del elemento subjetivo del tipo, porque aún y cuando se llegase a considerar que el sujeto activo, desde el inicio simuló su verdadero propósito de no cumplir aquellas prestaciones a las que se obligó contractualmente, y que a efecto de sorprender la buena fe del sujeto pasivo cumplió parcialmente lo pactado, tal circunstancia no pudo ser considerada en el

proceso, porque era necesaria la concurrencia de elementos que permitieran al menos sustentar válidamente, que el sujeto activo actuó con conciencia y voluntad defraudatoria, lo que tal como valoró el tribunal no se pudo sostener. Dicho criterio se comparte por esta Sala, en vista que las sedes que han conocido del caso no dispusieron de elementos que permitieran determinar la existencia previa de impedimentos para cumplir la obligación pactada, lo que descarta un dolo anterior o coetáneo, dejando subsistente el dolo civil, tal como fuera considerado por el *Ad-quem*, que no convierte la conducta demostrada en Estafa, ya que los contratos y sus derivaciones escapan a la esfera de lo criminal y tienen solución en la sede jurisdiccional pertinente.

Argumenta el peticionario, que el dolo antecedente se infiere de la entrega de dinero que la víctima hiciera al imputado, más el uso distinto que se dio a la cantidad erogada como consecuencia del contrato suscrito entre las partes. No obstante, de acuerdo con los elementos relacionados en el proveído de Cámara, no se vislumbra ese ardid que manifiesta el impetrante, ya que la empresa realizó gestiones de terracería, permisos de construcción, planos de la vivienda y poseía un equipo de trabajadores realizando la obra; aunado a ello, la pericia contable demostró al *Ad-quem*, que lo recibido por la Empresa [...] fue \$[...] y que lo erogado en la construcción fue de \$[...].

Existe además prueba testimonial que fue relacionada y considerada por la Cámara, con la que se sustenta lo expresado en párrafo *supra*, para el caso la deposición de [...], quien se dedica a la publicidad, comercialización y venta de proyectos. Así mismo, la testigo [...], manifestó que su función era la supervisión de los trámites de aprobación de proyectos, y que en el *subjudice*, el día [...] la Alcaldía Municipal de [...], había otorgado el permiso de terracería para que se hiciera la limpieza de maleza, el destronque y la nivelación de suelo que se hace con la retroexcavadora, habiéndose relacionado que la testigo [...], quien se desempeña como encargada de diseñar residencias y elaboración de planos, -según consta en la sentencia- participó en el proyecto de [...], para lo cual hubo un aproximado de cuatro reuniones en las cuales se definía el diseño de la residencia que se iba a construir, expresando que el día [...] se entregó un juego de planos a la señora [...].

Por lo mencionado, esta Sala comparte el criterio del tribunal de segunda instancia, al considerar que se está ante un incumplimiento de contrato, ya que desde un inicio se realizaron gestiones para cumplir lo programado, tal como se aprecia en párrafos *supra*, descartándose por tanto un dolo antecedente o coetáneo, pues en efecto no se advierte que la Cámara dispusiera de indicios que indiquen, inequívocamente, que el imputado actuó, desde el inicio con propósito defraudatorio, por lo que el acto de transferir el dinero entregado por la víctima a otra empresa del imputado, no es un factor que determine por sí mismo el elemento subjetivo del tipo, pues el procesado poseía todo un aparataje para cumplir con lo contractualmente acordado, razón por la cual no se advierte que la conducta imputada tenga como propósito “sorprender la buena fe” mediante el despliegue de artificios para lograr el detrimento patrimonial perjudicial de la víctima, lo que se denota -como lo refiere el tribunal de segunda instancia- es un incumplimiento contractual, que no tiene cabida en la esfera de lo criminal.

En consecuencia, ante la ausencia del elemento subjetivo, no es posible tipificar la conducta del señor [...] en el delito de Estafa Agravada, porque no se aprecian elementos que le permitieran al *Ad-quem*, concluir de forma diferente a la plasmada en la decisión recurrida, por lo que ante tal imposibilidad, al no lograrse sustentar el nexo causal entre el ardid y el resultado de la entrega patrimonial al imputado, se debe mantener lo resuelto por el *Ad-quem* y desestimar la pretensión del recurrente.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 447C2017, fecha de la resolución: 05/06/2018*

## EXPRESIONES DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

AUSENCIA DE VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, YA QUE NO SE HA DETERMINADO UNA MODIFICACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DISTINTA DE LA ACUSADA O DE LA DECIDIDA EN EL AUTO DE APERTURA A JUICIO

“1. En el recurso interpuesto por el defensor particular [...] están formulados dos motivos de casación. En el primero, se reclama la infracción del art. 144 CPP en relación con la causal de casación por inobservancia de las reglas relativas a la congruencia art. 478. 4 CPP (el recurrente cita erróneamente el art. 400 N°9 CPP). El impugnante fundamenta este motivo esencialmente en la circunstancia que en el dictamen de acusación se invocó el art. 55 literales c y d, en relación con el art. 9 literal d, y el art. 60 LEIVLVM, sin embargo, en la sentencia de primera instancia se aplicó el art. 10 literal C de la LEIVLVM sin que este precepto esté contenido en la acusación fiscal, no obstante esto, el Tribunal de Sentencia inobservó la regla del art. 385 CPP que le mandaba advertir a las partes la aplicación de ese precepto, resultando que la sentencia de segunda instancia confirmó la condena sin sanear el proceso del defecto procesal antes referido.

En el segundo motivo de casación se pretende que en la sentencia de apelación se inobservaron los arts. 144 y 179 CPP en relación con el art. 478 n°3 CPP (el recurrente cita erróneamente el art. 400 n°5 CPP), al haberse practicado la respectiva valoración probatoria con infracción a la sana crítica.

Para fundamentar este motivo el impetrante expresa esencialmente que la conclusión fáctica base del fallo de confirmación no está fundamentada en prueba suficiente, en tanto que la prueba testifical aportada no es confirmatoria de la declaración de la víctima, y además que el dictamen psicológico formulado por [...] determinó que *“no se evidencia en la evaluada situaciones relevantes de alteración emocional”*.

Agrega, que de las testificales aportadas al juicio no se deriva *“el elemento misógino de parte”* de su defendido, sino una discusión acalorada entre el acusado y la víctima *“sobre el punto de agenda de la circulación de [...] en la población de \*\*\*\*\*”*, lo cual condujo al imputado *“a decir jeta. y a la víctima a decirle [...]”* a su defendido.

2. Del estudio de la sentencia impugnada en los puntos a que se refieren los agravios de conformidad con el art. 459 inc.1° CPP, resulta que es proceden-

te desestimar el recurso interpuesto, ya que se ha verificado que la sentencia de segunda instancia no incurrió en las violaciones jurídicas pretendidas en el recurso de la defensa técnica, decisión que esta Sala acuerda con base en la argumentación que se expresa a continuación.

En lo concerniente a la supuesta inobservancia de las reglas relativas a la debida congruencia entre acusación y sentencia, en primer lugar, esta Sala verifica que el tipo penal por el que el acusado ha sido condenado es el de Expresiones de Violencia contra las Mujeres art. 55 literales C) Y D) de la LEIVLVM, sobre lo cual no hay variación con la acusación fiscal ni con la calificación jurídico penal establecida en el auto de apertura a juicio. Asimismo, no hay variación esencial alguna en cuanto al marco fáctico de la acusación en relación con la declaración judicial de hechos probados sobre la que ha recaído la interpretación jurídica en la sentencia definitiva. Por tanto, no es cierto que en este caso se haya inobservado el art. 397 CPP, puesto que en la sentencia no se ha determinado una calificación jurídica distinta de la acusada o de la decidida en el auto de apertura a juicio.

Conforme a lo argumentado en el párrafo que antecede, tampoco es cierto que el tribunal de primera instancia se haya encontrado en la situación procesal que regula el art. 385 CPP, pues ese precepto manda al juez que deberá advertir *“a las partes sobre la posible modificación esencial de la calificación jurídica”* del hecho, con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio, circunstancia que no ha concurrido en este proceso penal, en tanto que como se razonó arriba, en ningún momento ha operado una modificación esencial de la calificación jurídica del delito, considerando que siempre se sostuvo la adecuación típica al delito de Expresiones de Violencia contra las Mujeres con base en los literales C) y D) del art. 55 LEIVLVM.

En la sentencia de primera instancia se acreditó la violencia psicológica contra la acusada así: “Respecto a esto este juzgador considera que si bien es cierto la psicóloga [...], que practicó el peritaje no encontró una alteración emocional de carácter relevante, pero si las mismas establecen indicadores de carácter emocional, tales como inseguridad, inestabilidad, necesidad de afecto, imposibilidad, temor a la sexualidad, y baja autoestima, los cuales están asociados al contexto socio cultural y familiar en el que se ha desarrollado, a situaciones estresantes en su vida y rasgos de su personalidad, lo cual no constituyen un trastorno de personalidad; no así en cuanto a lo referente al peritaje psicológico preliminar practicado por la licenciada [...], en el cual establece que dentro del aspecto emocional la víctima se mostró con indignación y vergüenza ante su condición de víctima en el delito de Expresiones de violencia”. [...]

En relación al resultado de la pericia psicológica, es pertinente agregar que para valorar adecuadamente el impacto en la víctima, de la violencia psicológica ejercida por el imputado [...], debe también ser apreciada la circunstancia que señalan los testigos examinados, de que la víctima abandonó la sesión del Consejo Municipal, lo cual razonablemente fue producto de la agresión verbal sufrida, y refleja el estado emocional inestable de la víctima en ese momento (indignación y vergüenza), condición que varió posteriormente para cuando fue evaluada psicológicamente, momento en el que habría alcanzado un equilibrio emocional. Lo

cierto es que esto último no excluye la naturaleza psicológica del acto de violencia cometido por el acusado, tipificado en el art. 9 literal d LEIVLVM.

Ahora bien, en esa misma sentencia de primera instancia también se concluyó que el acto de violencia ejecutado por el acusado, sin dejar de constituir violencia psicológica (tipo de violencia), por el hecho de existir evidencias de agresiones verbales previas del acusado contra la víctima, y la circunstancia de haber sido cometido el delito en el desarrollo de una sesión del Consejo Municipal de [...] del cual víctima e imputado formaban parte, la modalidad de violencia cometida por el imputado es Violencia Laboral conforme al art. 10 literal C LEIVLVM.

Este último punto específico es el principalmente cuestionado por el recurrente para fundar su alegación casacional sobre la supuesta inobservancia a las reglas de la congruencia entre acusación y sentencia, sin embargo, a criterio de esta Sala la determinación de la modalidad de la violencia cometida según la clasificación del art. 10 LEIVLVM no tiene trascendencia para los efectos de la calificación jurídica del hecho. Es decir, que esa adecuación del hecho a la normativa que define la modalidad de a violencia no compromete la validez del juicio de tipicidad del hecho con base al cual se calificó definitivamente como delito de Expresiones de Violencia contra las Mujeres, art 55 literales c y d LEIVLVM, por lo que no se ha causado la indefensión y agravio alegado por el defensor recurrente.

En relación a ese tema, la sentencia de apelación argumentó que no se inobservó la debida congruencia entre acusación y sentencia, en tanto que “Por el delito antes relacionado la Fiscalía General de la República acusó y por este mismo fue condenado el señor [...], imponiéndole el juez sentenciador la pena de multa equivalente a DIEZ SALARIOS MINIMOS DE COMERCIO Y SERVICIOS. Ahora bien, la utilización de un dispositivo legal como fue la relación que hizo el juzgador del Art. 10 lit, e) de la LEIV, no constituye transgresión al principio de congruencia, debido a que los hechos son los mismos desde que se presentó el requerimiento hasta que el juez pronunció la sentencia; el ilícito penal no deja de ser Expresiones de Violencia contra la Mujer. El concepto de Violencia Laboral es irrelevante y queda fuera de valoración por ser un dispositivo que no posee consecuencia jurídica; por ende, no incide en la pena impuesta. El juzgador realizó una relación del literal C del Art. 10 por el ambiente laboral en donde se profirió la expresión de violencia, sin que eso signifique un cambio de calificación jurídica propiamente tal”. (p.7).

Con fundamento en la argumentación que antecede, se concluye que la sentencia de apelación no ha incurrido en la causal de casación invocada por el [...], prevista en el art. 478 n°4 CPP.”

AUSENCIA DE VULNERACIÓN A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA, YA QUE EL FALLO SE FUNDAMENTA EN SUFICIENTES ELEMENTOS DE PRUEBA DE CARGO, CUMPLIENDO CON LAS REGLAS DE DERIVACIÓN Y RAZÓN SUFICIENTE

“4. En cuanto al segundo motivo de casación por quebrantamiento a la sana crítica en la valoración de prueba decisiva, se concluye que es procedente

desestimar también este reclamo, ya que las conclusiones fácticas afirmadas por la Cámara para sustentar la confirmación del fallo de condena dictado en primera instancia, están basadas en prueba suficiente de signo incriminatorio, esencialmente con los elementos probatorios testificales aportados por las personas integrantes del Consejo Municipal de la Alcaldía Municipal de [...] quienes al declarar en la vista pública expresaron en sus respectivas declaraciones los elementos suficientes para la configuración tanto de la existencia del delito como de la autoría directa del acusado en el mismo.

Como primer punto se advierte, que no es cierto que la Cámara haya faltado a su deber de fundamentación del fallo de confirmación, lo cual se evidencia en las páginas [...] de la sentencia de segunda instancia, en las cuales el tribunal de apelación fundamentó suficientemente sobre la razonabilidad de la argumentación probatoria del fallo de condena dictado por el tribunal de primera instancia.

En la sentencia recurrida se lee lo que sigue: [...]

Esta Sala, al examinar el contenido probatorio producido en la vista pública, a fin de dar respuesta a los agravios de la defensa, ha constatado la validez del razonamiento del tribunal de apelación, ya que efectivamente los distintos testigos interrogados en el juicio fueron coincidentes en lo esencial de sus respectivas declaraciones, en cuanto al contenido de la agresión verbal que se atribuye al acusado, resultando falsa la alegación del defensor de que la palabra proferida por el acusado en contra de la víctima fue “juta” y no “puta”, tal como ha sido fundadamente acreditado en las sentencias de instancia.

La sentencia de apelación también razonó suficientemente en cuanto a que la prueba testifical no sólo fue descrita en la sentencia de primera instancia, sino por el contrario fue valorada en su conjunto y de forma integral como lo manda la sana crítica, art. 179 CPP. Respecto a este dominio, se lee en el fallo de apelación: [...]

Asimismo, en lo pertinente al reclamo del [...] que la confirmación de la condena se ha decidido sin concurrir prueba suficiente y que el hecho probado no determina una conducta de misoginia de parte del acusado, esta Sala concluye que procede desestimarse esa alegación con base en la argumentación que sigue.

En primer lugar, este tribunal constata que la conclusión fáctica de la Cámara para confirmar la condena de primera instancia está fundada en pruebas suficientes, resultando infundada la afirmación del recurrente en cuanto a que la declaración de la víctima carece de confirmación con otras pruebas.

Tal como se aprecia de la sentencia, la víctima declaró en el juicio que [...]

La declaración de la víctima, sometida al interrogatorio de las partes en el juicio, está confirmada en el proveído en lo medular con las siguientes pruebas. Declaración del testigo [...] quien estuvo presente en la sesión de consejo municipal en la que se produjo el hecho, en su carácter de Segundo Regidor Presidente, “se tocó ese punto de agenda, y surgieron una palabras de discusión entre el síndico y [...], el síndico es [...], esa discusión fue por tratar el punto de agenda, las frases que escuchó fue: [...]

Con base en lo anterior se concluye que el fallo de confirmación objeto de esta impugnación no infringió la sana crítica al estar fundado en suficientes elementos de prueba de cargo, por consiguiente, el razonamiento del tribunal de

apelación cumple la Regla de Derivación (Razón Suficiente) que debe ser observada para la validez de todo argumento judicial.”

ACCIONES ATRIBUIDAS AL ACUSADO IMPLICAN UN COMPORTAMIENTO SEXISTA AL UTILIZAR FRASES QUE IMPLICAN UNA DIFERENCIACIÓN BASADA EN EL SEXO DE LA VÍCTIMA, CAUSANDO UN IMPACTO DENIGRATORIO, DESACREDITANTE Y OFENSIVO

“En cuanto al contenido de las expresiones verbales, esta sala aprecia que poseen una clara denotación sexista, pues los apelativos con los que el imputado [...] violentó psicológicamente a la víctima (mujer vieja, puta, estúpida, idiota, loca y que no sirve para nada) son expresiones que objetivamente en el contexto lingüístico de nuestro país, su significado está asociado a formas idiomáticas para ofender y denigrar a las mujeres en forma particular, es decir con criterio diferenciador por sexo y género, que son resabio de una cosmovisión patriarcal y machista de la sociedad, excluyente de la mujer en la participación civil y política.

El art. 8 literal d) de la LEIVLVM define la misoginia como sigue: “*Son las conductas odio, implícitas o explícitas, contra todo lo relacionado con lo femenino tales como rechazo, aversión y desprecio contra las mujeres*”. En el presente caso se interpreta el carácter misógino de las expresiones verbales manifestadas por el acusado [...], por cuanto las frases: mujer puta, mujer vieja en el contexto social salvadoreño, constituyen objetivamente formas idiomáticas que reflejan un sentido de desprecio contra las mujeres, y ellas son utilizadas inequívocamente para denigrar a la persona destinataria del improperio, por el estigma y desvalorización social que la cultura machista atribuye a esas expresiones.

Mientras que las frases “*estúpida, idiota, loca y que no sirve para nada*”, en el contexto específico del ente colegiado municipal en el que la acusada desempeña su cargo de elección popular, no pueden ser interpretadas como meras injurias neutrales sin relevancia de género, sino todo lo contrario, son portadoras de patrones culturales que enarbolan la supremacía de la masculinidad para el cumplimiento de ciertas tareas sociales, a la vez que discriminan y desacreditan prejuiciosamente las competencias de las mujeres para el desempeño de cargos técnicos y políticos en las esferas pública y privada de la sociedad, paradigmas, que por afectar la dignidad humana y contrariar los valores propios del Estado Constitucional y Democrático de Derecho (verbigracia art. 3 inc. 1° CN) caen dentro de la prohibición penal de los literales c y d del art. 55 LEIVLVM.

Por su parte la LEIVLVM siempre en el art. 8 pero en el literal j, define el término “*sexismo*” así: “*Es toda discriminación que se fundamenta en la diferencia sexual que afecta toda relación entre seres humanos y abarca todas las dimensiones cotidianas de la vida privada o pública que define sentimientos, concepciones, actitudes y acciones*”. En el caso que ahora nos ocupa, las acciones atribuidas al acusado [...] implican un comportamiento sexista, pues las frases utilizadas para ofender a la víctima, poseen en sí mismas un efecto distinto según su destinatario sea un hombre o una mujer, lo cual implica una diferenciación basada en el sexo de la víctima, resultando que al ser proferidas contra una mujer se espera un impacto denigratorio, desacreditación y ofensivo de mayor magnitud, por el hecho de ser una mujer la persona destinataria.

Por consiguiente, en el presente caso de acuerdo a los hechos probados las expresiones verbales reprochadas al acusado [...] son constitutivas de violencia contra las mujeres según la definición legal de este término contenida en el art. 8 literal k LEIVLVM que dice: “*Es cualquier acción basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como privado* “. En este caso está evidenciada esa caracterización, pues ante la agresión verbal a que fue sometida la víctima durante la sesión del Consejo Municipal en la que se cometió el delito, ella abandonó esa reunión de trabajo, precisamente a causa del impacto emocional de aquella agresión, no así el acusado, que junto a los restantes miembros del Consejo Municipal continuaron sesionando.”

#### AGRESIONES VERBALES PROFERIDAS EN UN CONTEXTO DE DISCUSIÓN ACALORADA NO EXCLUYE EL CARÁCTER SEXISTA Y MISÓGINO

“Por otra parte, es oportuno subrayar que la circunstancia de haber sido proferidas esas agresiones verbales en un contexto de discusión acalorada en el marco de una sesión del Consejo Municipal, no excluye el carácter sexista y misógino que la norma subyacente en el tipo penal pretende reprimir, como lo pretende el recurrente [...] al afirmar que lo sucedido “*fue un hecho acalorado de ambas personas en la discusión de un punto de agenda municipal*”. Por el contrario, ese contexto institucional en el cual se produjo el delito, agrava la acción cometida por el acusado [...], por el efecto negativo causado respecto del valor de tutela reforzada de los derechos humanos de la mujer que persigue la LEIVLVM, en el sentido que violentar a la mujer en los términos del art. 55 literales c y d LEIVLVM en sede formal e institucionalizada y con exposición pública masiva, adversa con mayor lesividad los fines de prevención general pretendidos por el delito de Expresiones de Violencia contra las Mujeres.

En razón de los argumentos expuestos, los reclamos del impetrante no son de recibo, debiendo mantenerse incólume la sentencia impugnada por resistir ampliamente al análisis crítico.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 121C2018, fecha de la resolución: 13/07/2018*

## EXTORSIÓN EN GRADO DE TENTATIVA

#### CORRECTA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PARA ACREDITAR LA EXISTENCIA DEL DELITO Y PARTICIPACIÓN DELINCUENCIAL

“**DOS.** Los impetrantes traen a colación distintas posiciones doctrinarias respecto a la coautoría, como la teoría del dominio del hecho, para intentar evidenciar que la Cámara no tomó en cuenta esos criterios al momento de examinar la prueba. Y señalan que: [...]”

**TRES.** Según reiteran los impugnantes, no se contó con prueba que permitiera establecer la participación delinCUENCIAL de la señora [...], por tanto, la Cá-

para *“ha basado su sentencia en elementos probatorios que no están incorporados legalmente en el juicio, ya que se afirman hechos que no se establecieron con ninguna prueba, ni testimonial ni pericial, no siendo entonces congruente la sentencia con la acusación y el auto de apertura a juicio”*. (Sic).

**CUATRO.** A criterio de los abogados recurrentes, no bastaba que a su defendida se le haya encontrado en posesión de uno de los billetes proporcionados por la víctima, entregados por medio del agente negociador. Para ellos era necesario que se comprobara que la sindicada planeó o ejecutó alguna acción extorsiva, *“para finalmente terminar quedándose con dinero proveniente del hecho delictivo que se le imputa”* (Sic), lo que los lleva a aseverar que su representada *“se le está atribuyendo responsabilidad objetiva en lo que se refiere a su participación delincuenciales (...) ya que se le está condenado a purgar la pena de siete años de prisión por el simple hecho de que tenía en su poder uno de los billetes que la víctima entregó a los agentes policiales, previamente seriados, presumiéndose de parte del juzgador inferior y de la Cámara, que nuestra defendida planificó, realizó acciones para ejecutar y finalmente ejecutó junto con la otra persona coacusada el delito de extorsión...”*. (Sic).

**CINCO.** A efecto de verificar si llevan razón los reparos de los impetrantes, esta Sala procede a examinar las consideraciones jurídicas de la Cámara Especializada de lo Penal, cotejando lo argüido en el recurso de casación con lo resuelto por dicho tribunal de apelación. Así, se ha observado que, en relación a la alegada inexistencia de prueba que establezca que la imputada ejecutó el delito, la Cámara expuso: *“los elementos de prueba de cargo que el juez valoró en contra de los imputados, entre otros, se encuentra la denuncia interpuesta por la víctima-testigo con Régimen de Protección DOS MIL QUINIENTOS SETENTA Y UNO, acta de autorización para negociar y entrega de teléfono, acta de seriado y copiado de billetes entregados en distintas fechas, Reconocimiento de Personas de [...] a [...], Declaraciones de los testigos [...]; medios de prueba por medio de los cuales llegó a la convicción plena y concordante el Juez sobre la participación de las imputadas en el hecho...”* (Sic).

**SEIS.** De tal manera, se observa que la Cámara da cuenta de la prueba que valoró el sentenciador para formar su convicción, considerando que era suficiente para sustentar la decisión condenatoria y desestimó que la sentencia de primera instancia se había basado en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio, como lo sostenían los apelantes. También, el tribunal de apelación examinó la ponderación probatoria que realizó *el A quo* y coligió que no era atendible la queja de los recurrentes en cuanto a que el sentenciador valoró prueba inexistente. Con ello se desestima lo alegado por los impugnantes en el recurso de casación, pues, no es cierto que no se produjo prueba concierne a acreditar la existencia del delito y participación de la sindicada [...]. Se incorporó legalmente prueba relativa a la existencia del delito y a la participación de la sindicada, y a partir de su valoración se llegó a la decisión de condena, tal como lo reseña la Cámara al pronunciarse sobre ese mismo punto en su resolución de alzada, desvirtuando lo señalado por los apelantes.

**SIETE.** Asimismo, se advierte que el referido tribunal de segunda instancia ya había aclarado la inquietud de los recurrentes en cuanto a la supuesta falta de congruencia entre la prueba, hechos acusados y lo que se acreditó en el juicio. Al respecto, la Cámara estableció: *“en el caso de análisis consta a [...], el dictamen acusatorio presentado por [...] Fiscal del caso, por medio del cual, acusa entre otros a la imputada [...] como coautora en el delito de EXTORSIÓN (...) y comprobamos que la prueba ofrecida a partir de [...], tanto como la prueba documental, testimonial y pericial, es la misma que el Juez de Instrucción admitió en la respectiva Audiencia Preliminar tal y como consta a [...] del proceso, modificando solamente la calificación del delito a EXTORSIÓN TENTADA O IMPERFECTA (...) y se constata que es la misma prueba que se inmedió en el Juicio Oral Plenaria, la cual sirvió al juez A quo para fundamentar su sentencia, por lo que tampoco es cierto que se hayan inobservado las reglas relativas a la congruencia.”* (Sic). Por lo que no se configura vicio alguno en este punto.”

PARA ACREDITAR LA COAUTORÍA RESULTA INNECESARIO QUE SE COMPRUEBE LA PARTICIPACIÓN DELINCUENCIAL EN TODAS LAS FASES DE EJECUCIÓN DEL DELITO

**“OCHO.** En cuanto a la queja consistente en que, para determinar la responsabilidad penal de la imputada [...], no era suficiente comprobar que tuvo en posesión el dinero seriado por un determinado lapso de tiempo, sino que además debía también acreditarse otras acciones de planeación o ejecución del delito, como llamadas extorsivas o participar directamente en la exigencia del dinero, la Cámara estimó que *“la experiencia común nos indica que en esta clase de delitos para lograr su perpetración completa, existe un reparto de funciones entre los sujetos activos o coautores, así unos son los que realizan llamadas extorsivas contactando con la víctima, otros son los encargados de recoger el dinero producto de la extorsión mientras otros dan vigilancia para que dicha entrega se realice según lo planeado...”* (Sic). Se puede ver que el tribunal de segunda instancia orienta su razonamiento en torno a la teoría del dominio funcional del hecho para determinar la coautoría de la indiciada. En ese sentido, esta Sala considera que desde esa perspectiva no es de recibo la queja de los recurrentes, ya que no es necesario para acreditar la coautoría que a la sindicada se le compruebe su participación en todas las fases de ejecución del delito.

**NUEVE.** Lo que se valora y así lo ha hecho tanto el juez *A quo* como el tribunal *Ad quem* es el aporte de la conducta de la encartada en la ejecución conjunta de la Extorsión. Lo que se acreditó con la prueba aducida es que el día y en el lugar pactado para la entrega vigilada del dinero exigido a la víctima “Dos mil quinientos setenta y uno”, llegó una persona identificada como [...] a recoger el dinero, que después de recibir el dinero seriado de manos del agente negociador, la referida persona se reunió con la sindicada [...] y, al momento de ser intervenidas por los agentes policiales, éstos le encontraron un billete de veinte dólares correspondiente a uno de los proporcionados por la víctima. Esos hechos, ciertamente, no se refieren directamente a una planeación o a una exigencia o amenaza hacia la víctima, pero permiten inferir el conocimiento de la

sindicada de esos actos extorsivos y su voluntad de obtener un lucro o ventaja de esas acciones, lo que puede deducirse razonablemente de su comparecencia al lugar de los hechos, su reunión con la persona que recogió el paquete señuelo inmediatamente después de su entrega, y el hallazgo de parte de ese dinero en su posesión.

**DIEZ.** La postura de los recurrentes en cuanto a la supuesta necesidad de acreditar acciones concretas de su defendida en la ejecución del delito, se entiende limitada, circunscrita a una visión reduccionista de la autoría desde su aspecto objetivo formal, que considera decisiva únicamente la realización de los actos ejecutivos que corresponden con el verbo rector o los actos literalmente expresados en la exégesis del tipo penal. No obstante, las teorías objetivo-formales ya han sido superadas, debido a los inconvenientes que genera en el análisis de la coautoría, la autoría mediata, o la autoría directa en delitos que se configuran a partir de una multiplicidad de acciones típicas o que son pluriofensivas como el Tráfico Ilícito, el Robo o la Extorsión, cuya realización implica varias conductas. Por tanto, no es razonable la exigencia de realización de todas las conductas que configuran el delito de Extorsión para ser considerado coautor. Es factible, como en este caso, que unos sujetos se encarguen de planificar el delito, otros hacen las llamadas extorsivas, otros amenazar o intimidar, otros recoger el dinero, u otros prestar vigilancia. Si lo que se comprueba es la obtención de lucro o provecho injusto de esas acciones se colige voluntad de dominio del hecho y sentimiento de autoría.

**ONCE.** De esa manera, en una concepción más desarrollada de la teoría del dominio del hecho, autor o coautor no es sólo quien realiza todos los elementos del tipo penal, es decir, quien tiene el dominio de la acción; pueden ser también los que tienen el dominio de la voluntad y ejecutan el hecho valiéndose de otros como instrumentos; o aquellos también que realicen o no un acto típico, siempre y cuando pueda advertirse que hacen parte de la ejecución de un plan global, participando de la misma resolución delictiva con otros agentes delictivos. Por tanto, se desestima la imputación de responsabilidad objetiva y la falta de elementos reveladores de la coautoría que denuncian los casacionistas. La posesión de uno de los billetes del dinero exigido a la víctima y la reunión con la persona que recogió el paquete señuelo son circunstancias reveladoras de que la imputada [...] conocía el plan delictivo, hacía parte de él y tenía la voluntad y el interés de participar de la acción delictiva y obtener un provecho.

**DOCE.** En consecuencia, esta Sala determina que no existen los vicios de fundamentación y de valoración de la prueba que señalan los impetrantes en el recurso de casación, conforme al art. 478 N° 3 CPP. Por tanto, NO HA LUGAR A CASAR la sentencia dictada a las [...], por la Cámara Especializada de lo Penal con sede en Santa Tecla, departamento de La Libertad, que confirma la condena impuesta a la encartada [...], en la cual se ha dado respuesta adecuada y razonablemente a los reparos invocados en el recurso de apelación por la defensa técnica de la misma.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 360C2017, fecha de la resolución: 31/01/2018*

## FACULTADES RESOLUTIVAS DEL TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA

CÁMARAS TIENEN EL PODER JURÍDICO PARA VALORAR LAS PRUEBAS PRACTICADAS EN EL JUICIO, VALIÉNDOSE DE LA DOCUMENTACIÓN PROCESAL EXISTENTE Y EXAMINARLAS CUANDO EL PUNTO OBJETO DE AGRAVIO LO REQUIERA

“De acuerdo al memorial recursivo, el impetrante solicita que este tribunal controle la sentencia de segunda instancia conforme al vicio de casación que invoca, basado en la supuesta inobservancia a las reglas relativas a la congruencia, Arts. 478 N° 4° y 459 Inc. 1° Pr.Pn. Como fundamento del vicio señala que la Cámara resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte fiscal y que en *extra petitio* se decida a efectuar una valoración probatoria como si se tratase de una completa segunda instancia, obviando el objeto de reclamo. Asimismo, señala que la Cámara le otorga crédito a los testigos de cargo [...] sin inmediarlos y que parte de éstos para aceptar como verdad la tesis fáctica de la acusación, procediendo a dictar condena en contra de los imputados [...] quebrantando en su criterio las reglas de la congruencia al resolver más allá de lo pedido, dejando ver que dicho tribunal omite pronunciarse sobre el punto objeto de la pretensión, el cual señala que de haber sido examinado por el *Ad quem*, hubiese derivado en la confirmación de la sentencia absolutoria de primera instancia.

Adviértase que el presente motivo tiene puntos comunes con el tercer motivo incoado, también denominado “*Inobservancia a las reglas relativas a la congruencia*”, por esa razón serán resueltos en un solo acápite, en tal sentido se considera:

Que en cuanto a las condenas emitidas por Cámara, esta Sala ha sostenido que dentro de los poderes resolutivos de los tribunales de segunda instancia, se incluye el de revocar la resolución impugnada y pronunciar en su lugar la que corresponda, incluyendo la atribución de controlar, si en la sentencia de primera instancia se realizó una valoración de las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica; además, se ha dicho que el modelo de apelación Salvadoreño da lugar a una segunda instancia, que si bien no va encaminada a la renovación de la primera instancia, las Cámaras a diferencia de lo considerado por el impetrante, sí tienen el poder jurídico para valorar las pruebas practicadas en el juicio, valiéndose de la documentación procesal existente y, en especial, para examinar las pruebas cuando el punto objeto de agravio lo requiera, deberán utilizar la grabación de audio o video del juicio. Conceptos que han sido vertidos en los procesos tramitados bajo referencias números 231C2014 de fecha 15/5/2015, 91C2013 de fecha 24/07/2013 y 99C2012 de fecha 05/11/2013.

No obstante lo anterior, es de aclarar que en el *sub judice* se observa que en esencia el tribunal de segunda instancia, se pronuncia sobre una errónea valoración de la prueba; es decir, que para emitir su sentencia no requería más que valerse de la documentación procesal existente como se relaciona en los proveídos citados *supra*, pues la Cámara en casos como el presente, no juzga la credibilidad de aquel que depone acerca de los hechos, ya que para ello se torna necesaria la percepción sensorial tal como se ha expresado a página 329 en los Ensayos Doctrinales Sobre el Nuevo Proceso Penal; es decir, ante supuestos

como el que nos ocupa, no se requiere un control con la fuente productora de la información o bien la verificación de otros datos que trascienden de la simple expresión verbal como el movimiento, tono de voz, y otras circunstancias que podrían modificar el sentido de las palabras o suministrar indicios a favor o en contra de lo afirmado con ellas, razón por la cual esta Sala considera que el control vía alzada con base en la documentación procesal existente, no riñe con los presupuestos considerados previamente, y permite eventualmente pronunciamientos de condena, siempre que sean congruentes con las reglas de la sana crítica racional.”

#### CORRECTA EVALUACIÓN DE LA PRUEBA Y CONSECUENTE FUNDAMENTACIÓN DERIVADA Y CONGRUENTE CON LOS PUNTOS APELADOS

“Por otro lado, al verificar el resto de los argumentos del impugnante, en relación a los reclamos de casación admitidos y la fundamentación aportada en la sentencia objeto del recurso, se advierte que el *Ad-quem*, no ha incurrido en el vicio que se denuncia, puesto que el proveído fue dictado en correspondencia con el motivo de apelación interpuesto por la parte fiscal, basado éste en la violación a las reglas de la sana crítica con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo, el cual habilitaba al *Ad-quem* a realizar un análisis sobre la prueba y sobre las conclusiones plasmadas en la sentencia.

En tal sentido, se advierte que segunda instancia en correspondencia a los motivos incoados, hizo consideraciones sobre los elementos de prueba que fueron incorporados a la vista pública, debiendo advertirse que en los motivos de apelación, la parte apelante externó su queja por considerar que la Juez *A-quo*, valoró erróneamente la deposición de los testigos relacionados en la sentencia y la prueba documental y pericial incorporada al proceso.

Asimismo, el tribunal de segunda instancia basó su pronunciamiento en las declaraciones rendidas en vista pública por los testigos [...] en la experticia físico química practicada a la droga incautada y en el informe rendido por la Doctora [...], en su calidad de Directora Ejecutiva de la Dirección Nacional de Medicamentos, en el sentido que los referidos imputados no tienen ninguna autorización para sembrar, cultivar, transportar, importar, producir, fabricar, extraer, distribuir, vender, enajenar, poseer, o usar sustancias controladas; habiéndose determinado de esta manera que la conducta efectuada no está acorde con lo que exige el ordenamiento jurídico y en razón de ello no existe una causa de justificación que permita ese tipo de proceder de los imputados relacionados en la sentencia.

De lo dicho se concluye que los elementos considerados en el proveído de Cámara, a criterio del *Ad-quem*, fueron suficientes para emitir una sentencia de condena, advirtiendo la Sala que el tribunal de segunda instancia consideró congruentes las declaraciones de los testigos relacionados *supra*, lo cual no genera defecto alguno en cuanto a lo resuelto por el tribunal de segunda instancia, compartiendo la Sala los fundamentos aportados en la sentencia, los cuales son derivados y congruentes con los puntos apelados, excluyendo cualquier duda en la participación de los imputados en el delito de Tráfico Ilícito, ya que segunda instancia al encuadrar los hechos acreditados a la figura del Art. 33 Inc. 1° de la

Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, fue consistente con los elementos de valor esencial, los cuales fueron relacionados en la fundamentación de la sentencia, de la que se coligen argumentos esenciales que llevaron al tribunal de segunda instancia a determinar la responsabilidad penal de los encartados como consecuencia de la incautación de unas mochilas conteniendo en su interior *una balanza ...y paquetes de marihuana*”, tal como se relaciona en la decisión objeto de casación.

En razón de lo anterior, esta Sala advierte que los vicios aducidos por el impugnante no concurren en el presente caso y por ende la queja no es de recibo.” *Sala de lo Penal, número de referencia: 295C2017, fecha de la resolución: 15/05/2018*

#### INCLUYEN PODER SUBSANAR ERRORES MATERIALES Y FORMALES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL INFERIOR EN GRADO

“Esta Sala, producto del estudio de los motivos admitidos del recurso, considera que éstos no se configuran, con base en las razones que a continuación se detallan:

Como motivo uno, se denuncia la insuficiente fundamentación de la sentencia, el cual es justificado con los juicios de valor que literalmente y en lo pertinente, dicen: “... *El artículo 476 Pr. Pn. establece la facultad a la Cámara de rectificar errores de derecho en la fundamentación, siempre que los mismos no hayan influido en la parte dispositiva, así como los errores y omisiones formales, y los que se refieren a la imposición y computo de las penas. ... El anterior párrafo establece al ámbito de competencia de las Cámaras... de poder rectificar una sentencia que no fue emitida por ellos, solo en esos casos. La pregunta a realizar es la siguiente ¿puede rectificar la parte dispositiva de una sentencia una Cámara? ... no se trata de una imposición de una pena o del cómputo de la misma, no es una omisión y mucho menos un error FORMAL... en ningún momento se anunció un cambio de calificación... provoca que se viole el principio de congruencia, se lesiona el principio de seguridad jurídica...*” (Sic) (la cursiva es de esta Sala).

En ese orden de ideas, la inconformidad del peticionario está dirigido a reclamar un exceso en las facultades resolutorias de la Cámara al rectificar la sentencia en lo relativo, a que debe entenderse que el delito por el que fue condenado el imputado es Agresión Sexual en Menor e Incapaz y no así el de Violación en Menor o Incapaz; por consiguiente, es importante retomar lo dicho por el tribunal de segunda instancia.

Así, se encuentra en la resolución judicial, los argumentos que en lo pertinente y literalmente, indican: “... En la sentencia cuestionada, se observa que el juez a quo consignó de forma satisfactoria los hechos acaecidos, tal como se describen en el dictamen acusatorio, así como el valor que le otorgó a cada uno de los medios de prueba sometidos a su consideración, haciendo la mutación respecto de la calificación jurídica del delito atribuido al procesado por considerar que con la declaración de la menor víctima se acreditaba solo uno de los sucesos que atentaron contra su indemnidad sexual, relacionando dicha modificación

en el mismo fallo de la sentencia recurrida, cumpliendo así con los parámetros jurídicos indicados; sin embargo, cuando se pronuncia sobre la responsabilidad penal del procesado relaciona que es por el delito de VIOLACIÓN EN MENOR E INCAPAZ ...” (sic) (la cursiva es de esta Sala).

Además, se dice: “... es claro el error jurisdiccional señalado por el apelante; sin embargo, cabe apuntar que, tal equívoco debe catalogarse como un “Error material en la redacción de la sentencia”, ya que, el yerro en comento, es despedido al realizar una lectura íntegra del proveído impugnado, dado que este 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 ... con base a lo previsto en el Art. 476 Pr. Pn., se subsana el error detectado, puesto que dicha rectificación no altera en modo alguno el contenido de la sentencia ...” (sic) (la cursiva es de este Tribunal).

De lo antes expuesto, es pertinente retomar que el Art. 475 Pr. Pn., establece las facultades resolutorias del tribunal de segunda instancia, indicando que la apelación atribuye al tribunal, dentro de los límites de la pretensión, la facultad de examinar la resolución recurrida tanto en lo relativo a la valoración de prueba, como de la aplicación del derecho, lo cual debe apreciarse en concordancia a la finalidad de la apelación contra la sentencia que regula el Código Procesal Penal, que es el control de los aspectos de derecho y de valoración de la prueba cuando incidan directamente en la fundamentación de la sentencia, este objetivo va en correlación al derecho a una revisión integral del fallo que se encuentra contemplado en la normativa internacional, específicamente en el Art. 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, revisión que implica el examen de los aspectos de hecho y derecho en la sentencia, lo que conlleva, el análisis de la producción y valoración de la prueba, y la aplicación o interpretación de las normas adjetivas o sustantivas, respectivamente.

Consecuentemente, la Cámara está autorizada -una vez se apertura su conocimiento por los motivos de apelación- a pronunciarse producto del estudio realizado a la resolución de primera instancia sobre una corrección en cuanto a la calificación jurídica consignada en la parte dispositiva de la sentencia, ya que tal y como se denota de los argumentos expuestos, la estructura lógica que presenta la sentencia está en relación a la acreditación del delito de Agresión Sexual en Menor e Incapaz, por tanto, el ilícito finalmente consignado en la comentada parte dispositiva responde a un error, cuya corrección en nada altera a la estructura de conclusiones que sostienen el proveído.

En ese orden de ideas, el Art. 476 Inc. 1º Pr. Pn., señala: “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 refieren a la imposición o el cómputo de la pena”, consecuentemente, dicha disposición establece los supuestos en que procede la rectificación de la sentencia.

Lo anterior conlleva, que la disposición es expresa en regular que las Cámaras tendrán que subsanar los errores de derecho que se encuentren en la

fundamentación, la cual doctrinariamente ha de comprenderse que atiende a la fáctica, descriptiva, intelectual y jurídica; es decir, en un primer momento la norma obliga a subsanar todos los errores de derecho y líneas más adelante, establece, que también deberán corregirse los errores y omisiones formales.

En el tomo II del Código Procesal Penal Comentado, pág. 1838, respecto al Art. 476 Pr. Pn., se dice: “... *los aspectos que se comprenden son: a) Los errores que se cometen al fundar la sentencia, siempre que no incidan en el fallo; b) los errores formales; c) las omisiones formales; d) los errores que se refieran a la imposición o computo de la pena. Ahora bien, debe tenerse en consideración que la facultad de corrección, no implica modificación sustancial del fallo que se revisa...*” (sic).

Por consiguiente, es imperante determinar el significado de error de derecho y error formal o material, teniéndose así, que de acuerdo al Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española, el error de derecho, es sobre lo que dispone el ordenamiento jurídico, en particular prohibiendo o exigiendo determinadas conductas, y el error material, es un error involuntario fácilmente comprobable, como el error ortográfico o numérico en relación con nombres, fechas u operaciones aritméticas o también como una equivocación manifiesta que evidencia una falta en la recepción de la voluntad judicial, o su imperfecta expresión en texto de la sentencia.

De igual forma, existe jurisprudencia internacional sobre el error material, como la sentencia marcada con la referencia 2002-01057 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de San José Costa Rica, de fecha veinticinco de octubre del año dos mil dos, que indica: “... si bien es cierto del estudio de autos se aprecia, cómo en forma errada tanto en la acusación, como en la sentencia se indica que los hechos ocurrieron en el año 2.000 cuando apropiadamente se debió consignar el año 2.001, ello no afecta correlativamente el derecho de defensa, así como no constituye defecto o irregularidad alguna que obligue a un pronunciamiento específico mediante el que la Sala anule lo dispuesto, pues esta diferencia, además de no afectar la validez e integridad de la sentencia es criterio de los suscritos Magistrados responde tan sólo a un error material al momento de confeccionar el Ministerio Público la pieza acusatoria y a un evidente descuido por parte del Tribunal de mérito ...” (sic).

En consonancia de lo manifestado, es posible afirmar, que la categorización cerrada que hace el peticionario respecto a los supuestos en los que la Cámara puede verificar una rectificación de la sentencia, no es cierta, ya que éstos abarcan tanto los errores de derecho como los formales o materiales, siempre y cuando no afecten, influyan o modifiquen lo resuelto en la sentencia, situación que se evidencia en el presente caso, ya que tal y como lo explica el tribunal de segunda instancia, determinó del estudio efectuado, que la estructura de ideas que sostenían el fallo de condena estaba sustentado al haberse comprobado los hechos que se adecuaban al delito de Agresión Sexual en Menor e Incapaz; sin embargo, en la parte dispositiva de la sentencia se evidenció que esa serie de conclusiones emanadas de la intermediación de la prueba que llevaron a acreditar el comentado ilícito, no es congruente con tal parte de la resolución judicial; pues ahí, se establecía la responsabilidad penal por el delito de Violación en Menor o

Incapaz; razón por lo cual, resultó evidente que se trata de un error material, que perfectamente podía ser objeto de rectificación.

Aunado a lo anterior, existe jurisprudencia emitida por esta Sala en la que se reconoce la facultad de corregir errores materiales, como la marcada bajo la referencia 256C2017 de fecha quince de noviembre del año dos mil diecisiete, en la que se señala: "... una de las facultades resolutivas que tiene esta Sala es la de anular parcial o totalmente una resolución judicial en la que se identifique una inobservancia o errónea aplicación de la ley, consecuentemente, si ostenta tal posibilidad también lo será el corregir errores de carácter material que se presenten en el proveído en estudio, esta subsanación podrá efectuarse siempre que los defectos no afecten derechos constitucionales de las partes, como en el presente caso que la motivación no se ha visto vulnerada, dado que se conocen las razones por las cuales la Cámara sostuvo la correcta aplicación de las reglas de la sana crítica en la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia y el encuadramiento jurídico realizado con lo que se comprueba que la decisión no ha sido adoptada de forma arbitraria. ..." (sic).

En consecuencia, no se configura la errónea aplicación del Art. 476 Pr. Pn., ya que la Cámara estaba facultada para rectificar ese tipo de error formal o material, puesto que no afectaba la validez de la sentencia, y por tanto no alteraba la decisión contenida en ella, situación por la cual deberá declararse sin lugar lo pedido." *Sala de lo Penal, número de referencia: 148C2018, fecha de la resolución: 31/10/2018*

## HOMICIDIO AGRAVADO

### CORRECTA VALORACIÓN DEL CONJUNTO DE PRUEBA CON LA QUE SE ESTABLECIÓ LA PARTICIPACIÓN DELINCUENCIAL Y COMISIÓN DEL DELITO

"En lo referente al segundo motivo que invoca el impetrante, que la Cámara resolvió condenar a su representada relacionando únicamente la prueba vertida en juicio pero sin realizar un esfuerzo concreto para enlazar la prueba con los hechos, por lo cual no se acredita que la conducta de la procesada fuera dolosa.

Continúa expresando, que el médico que practicó la autopsia indica que no puede decir que las contracciones fueron espontáneas o provocadas, la citada autopsia deja claro que las lesiones que produjeron el trauma craneoencefálico severo en la recién nacida fueron producto del parto que no fue laborioso, es decir, deja entrever que fueron producidas por causas externas y que también se afirma que estas fracturas a nivel del cráneo o de la clavícula pueden ocurrir cuando se traban en el canal del parto, produciéndose una asfixia perinatal.

Sigue señalando, que los hechos atribuidos a la procesada por la Fiscalía y aceptados por la Cámara que condenó a su representada, nadie vio que ella los cometió, basándose el tribunal de segundo grado en supuestos por las lesiones presentadas por el feto, que se afirma que nació vivo.

Este tribunal considera, que el motivo debe ser desestimado, conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

De lo expuesto, se hace necesario recordar, que para considerar que la sentencia penal ha cumplido con las reglas del correcto pensamiento humano, ha de reflejar el procedimiento lógico que justifica la decisión adoptada por la Cámara, para el caso, la de decidir revocar la sentencia de primera instancia y condenar a la procesada, haciéndose necesario consignar las justificaciones de hecho y derecho para derivar en tal decisión, siendo que dichos argumentos deberán estar en consonancia a las leyes de la lógica y su consecuente principio de razón suficiente, que obliga a que el pensamiento judicial esté conformado por deducciones producto del análisis de las pruebas producidas en juicio, las que concatenadas entre sí llevan a una inequívoca conclusión.

Ante tal situación, y por haberse argumentado un quebranto a las reglas del correcto entendimiento humano por considerar el impetrante que la conclusión adoptada por la Cámara respecto a que la imputada había provocado la muerte de la recién nacida, implica una interpretación equivocada por relacionar la alzada únicamente la prueba, sin realizar un examen intelectual según los elementos de la sana crítica, es decir no efectuó un esfuerzo concreto para enlazar la prueba con los hechos, por lo cual no se acredita que la conducta de la procesada fuera dolosa, haciéndose por ende necesario verificar lo consignado en la sentencia.

En ese contexto, del apartado VII denominado como fundamentación analítica, la Cámara expresa, que con la prueba ofertada por la representación fiscal, ha quedado demostrada la existencia del delito, específicamente, con el hallazgo de una recién nacida sin vida dentro de una caja de cartón, envuelta entre ropas, debajo de la cama en la habitación donde dormía la procesada en la vivienda donde esta laboraba, encontrándose también en el patio de la casa relacionada, ropa ensangrentada y enterrada en el mismo, lo cual ha sido documentado según la alzada, con los elementos probatorios consistentes en las actas de levantamiento de cadáver, de inspección ocular, de registro y prevención de allanamiento, álbum fotográfico, croquis del lugar de los hechos, autopsia realizada a la recién nacida, donde se determina que la causa de la muerte fue trauma craneoencefálico severo, situación que es ampliamente detallada y ratificada por el doctor [...] al momento de rendir su declaración en el juicio.

Después de mencionar todas las pruebas que le hacen llegar a la convicción de la culpabilidad de la procesada, la Cámara señala: [...]

Como se puede verificar, en las justificaciones contempladas en la sentencia, se observa que el tribunal de segundo grado sí realiza un examen intelectual, efectuando una concatenación de las deducciones que arrojaron los distintos elementos de prueba conocidos en el juicio, mediante los cuales se determina en primer lugar, la existencia del delito y en segundo, la participación de la procesada en el mismo. En relación a lo primero, la alzada llegó a tal conclusión tomando en cuenta el hallazgo de la recién nacida sin vida dentro de una caja de cartón, envuelta entre ropas, debajo de la cama; además que también se encontró en el patio de la vivienda relacionada, ropa ensangrentada y enterrada, lo cual se estableció según lo relaciona la Cámara, con el acta de inspección ocular, acta de registro y prevención de allanamiento, acta de levantamiento de cadáver, álbum fotográfico y croquis de ubicación del lugar de los hechos; así también,

con la autopsia realizada a los restos de la recién nacida, donde se estableció que la causa de la muerte se produjo por trauma craneoencefálico severo lo cual fue confirmado por el perito doctor [...], al momento de rendir su declaración en el juicio. Sumado a lo anterior, el tribunal de Segundo Grado, tomó en cuenta los resultados de la docimasia histopatológica, en la que se confirma que la niña nació viva.

En el mismo sentido, para determinar la existencia de la participación de la procesada en el hecho atribuido la Cámara examinó primeramente la deposición de los testigos [...], declarando estos la forma y el momento en que la procesada es trasladada al Hospital de [...], porque se encontraba desmayada pálida y ensangrentada. En ese contexto, la alzada relaciona que la testigo MA, manifestó que en la habitación donde dormía la encartada encontraron ropa ensangrentada, la cual ella autorizó que fuera enterrada en el patio de la vivienda y que subsiguientemente, llegan elementos de la Policía Nacional Civil, acompañados por el representante fiscal y el médico forense, quienes encuentran el cadáver de la recién nacida en una caja debajo de la cama de la procesada, en un lugar bajo la esfera de su dominio, al margen que ambos deponentes señalaran que desconocían que la enjuiciada se encontrara en estado de embarazo.

Aunado a lo anterior, la Cámara contó con el dictamen pericial y la declaración del médico forense del Instituto de Medicina Legal, doctor [...], quien confirmó que: [...]

De la misma manera, el tribunal de segundo grado valoró que mediante el resultado de la docimasia histopatológica se confirmó que la niña nació viva, lo cual ya se había confirmado con la docimasia visual e hidrostática; contándose también con el análisis comparativo de ADN, el cual dio como resultado una probabilidad de 99.999% que la imputada es la madre de la niña.

En el mismo sentido, la Cámara valoró los elementos indiciarios como son, la falta de interés de la procesada para con el embarazo, al no llevar un control prenatal, no pedir auxilio en el momento del parto, por el contrario se encierra en su habitación, ocultamiento de las semanas de gestación.

La Cámara analizó conjuntamente todas las pruebas anteriores, al igual que la prueba pericial la cual según la alzada, haciendo uso de las reglas del correcto entendimiento humano y analizándola en forma conjunta con los elementos indiciarios que rodearon el hecho, le dieron la convicción que la encartada es responsable de la comisión del delito que se le atribuye, circunstancias que tal y como lo sostiene la Cámara se vuelven suficientes para destruir la presunción de inocencia ya que son valederas, y al verificar la existencia de un procedimiento razonable y con apego a las reglas de la sana crítica, éstas efectivamente responden a la derivación de las deducciones emanadas por las pruebas.”

MEDIANTE LA VALORACIÓN DE PRUEBA TESTIMONIAL Y ELEMENTOS INDICIARIOS SE DETERMINA LA MUERTE DEL RECIÉN NACIDO POR LA ACTUACIÓN DOLOSA DE LA IMPUTADA

“En relación a lo invocado por el impetrante, respecto a que la autopsia deja claro que las lesiones que produjeron trauma craneoencefálico severo en

la recién nacida fueron producto del parto que no fue laborioso, es decir, según el recurrente, deja entrever que fueron producidas por causas externas y que también se afirma que estas fracturas a nivel del cráneo o de la clavícula pueden ocurrir cuando se traban en el canal del parto, produciéndose una asfixia perinatal.

A [...] de las diligencias, se ubica el informe de la autopsia realizada a la recién nacida en el que se determina; [...]

Como podemos observar, no es real lo sostenido por el impetrante, es más los alegatos de las partes por sí solos, no constituyen prueba, sólo son apreciaciones personales, carentes de respaldo probatorio, es así que tanto en el informe de la autopsia como en la declaración en vista pública, el perito hace inferir que las lesiones encontradas en el cadáver de la niña, no pudieron ser producto de un parto normal, sino por elementos externos que alguien los realizó; asimismo, que las manchas encontradas en la espalda de la recién nacida es porque alguien la tomo de esa área.

Por otra parte, el impetrante señala, que los hechos atribuidos a la procesada por la Fiscalía y aceptados por la Cámara que condenó a su representada, nadie vio que ella los cometió, basándose el tribunal de segundo grado en supuestos por las lesiones presentadas por el feto, que se afirma que nació vivo y que a causa de la insuficiencia probatoria se evidencia que la responsabilidad de la enjuiciada, no ha sido probada en el proceso.

Al respecto expresa la Cámara, que por la forma que se dieron los hechos no se tienen testigos presenciales lo que es similar a los casos de delitos de alcoba por lo cual se deben valorar los elementos probatorios como un todo de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Lógicamente, tal como lo expresa la Cámara este tipo de delitos son cometidos a escondidas, es decir en forma oculta, en el presente caso la procesada ocultó su embarazo, ninguna de las personas de la casa en donde trabajaba sabía que ella se encontraba en estado de gravidez, no buscó control médico prenatal, según los hechos que se dieron por probados, al momento de dar a luz se encerró la noche del día treinta y uno de diciembre de dos mil trece, en la habitación donde solo ella dormía, sin pedir auxilio, se encontró el cadáver de la recién nacida en una caja de cartón debajo de la cama donde dormía la procesada, todos estos elementos aunados a la prueba pericial y testimonial, fueron valorados en forma conjunta por el tribunal de segundo grado y le dieron la convicción que la procesada es la responsable de la comisión del delito de Homicidio Agravado en su hija recién nacida.

Asimismo, es importante señalar que nuestro sistema de valoración de la prueba no exige que para dar por acreditado un hecho delictivo y arribar a una sentencia condenatoria sólo se pueda lograr con “prueba directa”, como sería el caso de exigir un testigo directo y presencial del momento preciso del homicidio y así alegar que nadie vio la acción de la procesada; ello implicaría desconocer lo que regulan los Arts. 176 y 177 del Código Procesal Penal, que prevé que también con prueba indirecta se puede llegar a una sentencia de tal naturaleza; esta Sala ya se ha pronunciado sobre ello en sentencias anteriores, una de ella

es la bajo Ref. 613-CAS-2008, de fecha uno de junio de dos mil once, en la que dijo: “Respecto de tales fundamentos, esta Sala aclara a la parte recurrente que la prueba indiciaria incorporada legalmente al juicio, puede ostentar valor probatorio pleno y suficiente para emitir una resolución de condena, siempre y cuando ésta cumpla con los presupuestos necesarios para la elaboración de un cuadro de culpabilidad que se encuentre en concordancia con los restantes medios probatorios vertidos en vista pública, no siendo causa de nulidad de la sentencia que su contenido tenga por base un elemento probatorio que se conforme de indicios o que todos partan de indicios”.

En igual sentido se cuenta con la sentencia bajo Ref.197C2015, de fecha quince de enero de dos mil dieciséis, en donde se dijo: “Esta Sala enfatiza en que la fuerza de las pruebas en materia penal se basa en el respeto a los principios de libertad probatoria y aplicación estricta de las reglas de la sana crítica, en donde no existe ni un mínimo ni un máximo para tener por demostrado un hecho concreto atribuido a un presunto autor o partícipe, por lo que se está ante un supuesto de calidad y no cantidad probatoria, a fin de que las inferencias extraídas por el juzgador resulten lógicas y ajustadas a las máximas del correcto entendimiento humano, siendo determinante el análisis concreto del caso, con los elementos apostados para su demostración, los que deben ser valorados concediendo a las pruebas el mérito que la experiencia, la psicología y la lógica le señalen y en tal operación debe el juzgador someter al análisis crítico todo elemento de prueba”.

En consecuencia a las consideraciones desarrolladas, se puede observar que no se demuestra la falta de fundamentación de la sentencia, en virtud de existir esa motivación respecto al material probatorio objeto de discusión, que lejos de formarse bajo inferencias ilógicas, fueron atinentes a lo dictaminado por los peritajes que gozan de credibilidad por ser prueba científica, adicionalmente, la alzada revisó con detenimiento los indicios obtenidos de los testimonios de los testigos y las evidencias encontradas en la habitación y en el patio de la casa donde la encartada laboraba; así como la actitud de la procesada en relación a su embarazo.

Ese esfuerzo desarrollado por la Cámara, permitió determinar que existía una secuencia de elementos concatenados y no anfibológicos que indicaban una actuación dolosa, tomándose como base para establecer sus conclusiones el examen que se efectuó en la recién nacida, lo que llevó a determinar la causa de la muerte que relacionada con los elementos indiciarios citados, lleva a la conclusión de que la imputada fue la responsable de la muerte; por consiguiente, la decisión contenida en el fallo goza de validez, no configurándose así el motivo denunciado.

Con base en todo lo anterior, este Tribunal estima que los diferentes aspectos reclamados en los dos motivos denunciados por el recurrente, no se han configurado en el caso sub examine, por lo que no es posible acceder a las peticiones recursivas.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 172C2017, fecha de la resolución: 21/05/2018*

## INADMISIBILIDAD RECURSO DE APELACIÓN

ARGUMENTOS EN QUE SE FUNDAMENTA INFRINGEN LA SANA CRÍTICA, YA QUE NO SE AJUSTAN AL SENTIDO Y ALCANCE DE LO EXPUESTO EN EL ESCRITO DE APELACIÓN

“El asunto a resolver consiste en determinar si la Cámara infringió las reglas de la sana crítica al declarar inadmisibile el recurso de apelación que interpuso la defensa técnica del imputado [...], porque no tomó en cuenta que el reclamo de apelación consistía precisamente en que el tribunal de sentencia omitió valorar las pruebas de manera integral, así como expresar las razones suficientes para optar por unas pruebas y rechazar otras.

Para los fines que se dicen, es necesario revisar la validez de los argumentos que fundamentan dicha decisión, a través de una confrontación con lo expuesto en el recurso de apelación inadmitido.

En principio, al examinar los fundamentos de la resolución de alzada, se advierte que la Cámara identificó que en el escrito de apelación se denuncian dos vicios de la sentencia de primera instancia: Falta de fundamentación e inobservancia a las reglas de la sana crítica con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo; sin embargo, más adelante repara en que los fundamentos del recurso de apelación son orientados únicamente al vicio por infracción a las reglas de la sana crítica y no a la falta de fundamentación.

No obstante, a continuación -y en relación al vicio por falta de fundamentación- la Cámara transcribe algunos párrafos del recurso que estudia (apelación), y critica que el planteamiento es vago y subjetivo. Agrega que *“el recurrente no especifica dónde radica el yerro judicial invocado, y para fundamentar su recurso hace una crítica sobre la prueba testimonial de cargo, citando aspectos de la misma que considera contradictorios, analizándolas desde su perspectiva particular sobre el caso y derivando que en virtud de sus consideraciones debió absolverse al procesado”*.

Véase que la Cámara no demuestra el sustento de sus afirmaciones, por el contrario, cita una parte del recurso de apelación en donde se perfilan posibles errores en la valoración que hizo el juez de primera instancia en relación a la prueba testimonial de cargo, pues menciona que los testigos fueron en sí mismos contradictorios en la hora que aseguraron sucedieron los hechos y respecto del lugar de la captura así como la forma en que ésta se dio, en contradicción con lo narrado por una testigo de descargo que aportó información -según el apelante- importante para descubrir cómo en realidad sucedieron los hechos, y que no obstante el tribunal de sentencia omitió valorar integralmente su declaración; además, acusa el apelante que omitió hacer una valoración integral de las pruebas que menciona.

Confróntese lo que se afirma supra con el escrito de apelación: [...]

Seguidamente, se observa que en cuanto a la inadmisibilidad del vicio por inobservancia a las reglas de la sana crítica, la Cámara razonó: “...En cuanto al señalamiento de inobservancia de las Reglas de la Sana Crítica, su exposición jurídica adolece de la ausencia de expresión clara y suficiente de fundamentos

necesarios para justificar la inobservancia de la regla que invoca; y cuáles fueron los elementos de prueba de valor decisivo que resultaron afectados... el impetrante se limita a exponer una serie de argumentos, que en lugar de demostrar un error en el proceso lógico de los razonamientos plasmados en la sentencia, manifiesta que en la sentencia existe errónea aplicación del Art. 129 Inc. 3 Pn, y que la misma no está debidamente fundamentada...” y para sustentar las críticas que formula, transcribe una parte del recurso que -en lugar de sustentar las críticas del tribunal de alzada- deja ver que el apelante reclama que en primera instancia no hubo una valoración integral de las pruebas e identifica a cuáles pruebas se refiere como erróneamente valoradas y en qué sentido.

La Cámara advierte que los fundamentos de la apelación sólo son orientados al segundo de los vicios anunciados (infracción a las reglas de la sana crítica), pero consideró que su fundamentación no es suficiente -de manera que pueda colegirse cómo y dónde se suscitaron los defectos de fundamentación-, en razón de que el recurrente no indica en su escrito las partes de la sentencia afectadas con la inobservancia a las reglas del correcto entendimiento humano.

De los hallazgos que se dicen, esta Sala estima que las razones en que aparece fundamentada la inadmisibilidad impugnada, infringen el principio lógico de razón suficiente al no verse sustentadas en los párrafos -del escrito de apelación- que cita la Cámara; lo que deja sus afirmaciones desprovistas de fundamento para declarar la inadmisibilidad *in limine* del recurso, pues en todo caso, para ilustrarse y poder colegir cómo y dónde se suscitan los yerros alegados por el apelante, debió prevenir la subsanación de tales omisiones.

Sin embargo, respecto del mecanismo de la prevención, la Cámara se limitó a decir que los defectos o deficiencias encontradas eran de naturaleza insubsanable, pero obvió exponer razones que explicaran el porqué consideró insubsanable las deficiencias advertidas.

En definitiva, esta Sala arriba a la conclusión de que los razonamientos en que aparece sustentada la inadmisibilidad de la alzada, no sólo infringen las reglas de la sana crítica en tanto se ha podido comprobar que no se ajustan al sentido y alcance de los argumentos que se exponen en el escrito de apelación, sino además, se apartan del sentido de las formas procesales requeridas para la admisibilidad de los recursos de apelación, las que reiteradamente esta Sala ha venido sosteniendo que no tienen que ser entendidas como un obstáculo para garantizar al procesado la revisión integral de su condena, sino al contrario, su cumplimiento debe ser potenciado en aras de garantizar los fines para los cuales fueron creadas; es decir, garantizar el derecho a impugnar las resoluciones judiciales y evitar el abuso y la arbitrariedad en su ejercicio.

Precisamente con el fin de potenciar el cumplimiento de las formas procesales que garantizan el derecho a impugnar, se ha previsto en el Art. 453 Inc. 20 Pr. Pn., el mecanismo de la prevención a efecto de que el impetrante pueda subsanar aquellos defectos y omisiones de forma advertidos en su recurso y que permitan ilustrar suficientemente al tribunal que resolverá, bajo el entendido que su recurso contiene una mínima actividad de fundamentación que en sí misma refleje la posible concurrencia de yerros judiciales y agravio, como en el presente caso, que de acuerdo a lo expresado por la Cámara en su resolución, el apelante

no indicó dónde, ni cómo es que se dio la inobservancia a las reglas de la sana crítica, en cuyo caso lo que correspondía era utilizar la herramienta de la citada prevención, ello, como se dijo, con la finalidad de coadyuvar a garantizar al imputado una revisión integral de su condena.”

PROCEDE ANULAR LA DECISIÓN DE INADMISIBILIDAD DEL RECURSO, YA QUE SU RECHAZO LE DA UN SENTIDO DIFERENTE A LAS FORMAS PROCESALES EXIGIDAS PARA LA APELACIÓN

“La Cámara no debió aplicar criterios rigoristas para rechazar el estudio de fondo del recurso de apelación, pues si de su análisis determinó que el escrito cumplía con las condiciones esenciales de interposición, como son temporalidad, impugnabilidad objetiva y subjetiva, así como la expresión de vicios relativos a infracción a las reglas de la sana crítica, pero que lo dicho no era suficiente para colegir cómo y dónde se suscitaron los errores, debió recurrir al mecanismo de la prevención; sin embargo, al rechazarlo *in limine* le dio un sentido diferente a las formas procesales exigidas para la apelación, lo cual a su vez, iría 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, como en el presente caso, el de recurrir.

Por las consideraciones que se hacen, es procedente anular la resolución mediante la que se declara inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del procesado [...], consecuentemente, debe remitirse el proceso a la misma Cámara, con el objeto de que realice un nuevo estudio de admisibilidad del recurso presentado, de acuerdo a los Arts. 468, 469 y 470 Pr. Pn. y resuelva conforme a derecho corresponda y con la imparcialidad e independencia que debe caracterizar su actuación.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 386C2017, fecha de la resolución: 15/05/2018*

## INCORPORACIÓN DE LA PRUEBA

PETICIÓN DE REALIZAR PRÁCTICA DE PERITAJE PARA SU INCORPORACIÓN NO CONSTITUYE UN INCIDENTE QUE PUEDE SER DIFERIDO PARA LA VISTA PÚBLICA

“**QUINCE.** El tercer motivo de casación se invoca como “errónea aplicación de preceptos legales”, conforme al art. 478 N° 1 CPP. El recurrente considera que las disposiciones que se han infringido son los arts. 11 y 12 Cn., y art. 81 CPP. Se expresa en el libelo impugnativo que hubo violación al derecho de defensa material, porque el Juez sentenciador omitió resolver la petición que hizo el imputado antes de iniciar la vista pública, de incorporar prueba de descargo que no se había ofertado oportunamente.

**DIECISÉIS.** Es el caso que el imputado [...], en ejercicio de su derecho de defensa material, en fecha [...], presentó un escrito al Tribunal de Sentencia de Santa Tecla, en el cual solicitaba la práctica de una pericia de extracción de

mensajes de su cuenta de correo electrónico, con la que pretendía establecer el conocimiento de la Administradora propietaria de la Sociedad [...] S.A. de C.V. sobre el acuerdo de compraventa del vehículo cuya apropiación o retención indebida se le atribuye. En auto de las [...], el Tribunal de Sentencia de Santa Tecla difiere la resolución de la aludida petición para la audiencia de vista pública. No obstante, el Juez de la causa omite pronunciarse al respecto en dicho acto procesal y, consecuentemente, no se realiza la actividad probatoria propuesta por el indiciado. Dicha omisión de resolución es consignada como motivo de apelación en el escrito de alzada por parte del defensor particular del imputado. Al conocer la Cámara la anterior queja incorporada en la apelación, expresó: “si bien el señor juez debió resolver sobre lo que había dicho que resolvería en relación a la solicitud del imputado, véase que este es un sistema adversarial, de pesos y contrapesos, en donde las partes no deben ser pasivas, deben hacer valer sus derechos; y en realidad en este caso a quien le interesaba que le resolvieran era al imputado y su defensor, pero vemos que éstos en vista pública no pidieron que el señor juez le resolviera lo solicitado, ni reclamaron al respecto, nada; por lo tanto sí se decidió guardar silencio en aquel momento, no se explica en el recurso porque hasta ahora hacen el reclamo”(Sic).

**DIECISIETE.** Esta Sala advierte que la consideración jurídica de la Cámara, respecto del motivo de apelación reseñado, se finca únicamente en la exigencia que el art. 469 Inc. 2 CPP establece para los defectos de procedimiento invocados como motivos de apelación, concerniente a la reclamación previa de corrección y la reserva de recurrir en apelación por parte de los recurrentes. Sin embargo, soslaya las excepciones que la misma disposición señala para dichos requisitos, pues, no se requieren tales presupuestos de admisibilidad en los casos de nulidad absoluta o en los vicios de la sentencia.

**DIECIOCHO.** En el presente caso, dado el devenir de las circunstancias suscitadas en el proceso penal, tal como lo describe el casacionista y como lo ha verificado esta curia, el Juez sentenciador no resolvió la petición del sindicato respecto a la práctica de un peritaje que buscaba que fuera incorporado como prueba de descargo. Por tanto, su solicitud no constituía un incidente que podía ser diferido para la vista pública, sino un ofrecimiento probatorio en una fase posterior a la instrucción pero anterior a la fase plenaria. El art. 18 Cn., reconoce el derecho de toda persona a dirigir sus peticiones por escrito a las autoridades legalmente establecidas, a que se le resuelvan y que se le haga saber lo resuelto, reconocimiento que se encuentra en consonancia con los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagran los derechos a las garantías procesales y protección judicial. El art. 81 CPP establece que “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 (...) el imputado o su defensor podrán identificar objetos o documentos que consideren probatorios y solicitar el auxilio judicial necesario para practicar las pruebas correspondientes”. Asimismo, el art. 90 Inc. Final CPP., establece la facultad del imputado para requerir la práctica de medios de prueba y efectuar los descargos que considere convenientes.

**DIECINUEVE.** Por otra parte, debe entenderse que el momento intermedio entre la finalización de la audiencia preliminar y la realización de la vista pública, tiene por objeto la preparación de la vista pública. En ese ínterin, el ordenamiento jurídico permite, según el art. 366 Inc. 3 y 4 CPP, que cuando alguna de las partes considere que la prueba que ofreció le fue indebidamente rechazada o la prueba hubiere sido conocida con posterioridad a la realización de la audiencia preliminar, podrá solicitar al tribunal de sentencia su admisión. Aún durante el desarrollo del juicio, inclusive al momento de la deliberación, es posible el recibo de nuevas pruebas, tal como se regula en los arts. 390 y 393 CPP, que dan la potestad al tribunal de sentencia de ordenar, aún de oficio, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia de vista pública surgen nuevos hechos que requieran su esclarecimiento.”

NULIDAD ABSOLUTA POR VULNERACIÓN A LOS DERECHOS DE DEFENSA MATERIAL Y DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA AL RECHAZAR LA REALIZACIÓN DE PRUEBA PERICIAL QUE SERÍA INCORPORADA COMO PRUEBA DE DESCARGO

“**VEINTE.** En ese sentido, la Cámara comete el equívoco de no advertir que la omisión de resolución del tribunal *A quo* no solo vulnera el derecho de defensa material del encausado, en cuanto a la facultad de proposición de medios probatorios de descargo (puesto que se desconoce si la prueba que requería superaba las condiciones de legalidad, idoneidad y pertinencia), si no más aún la clara vulneración del derecho del justiciable a una tutela judicial efectiva en el proceso penal, que importa la obligación constitucional y convencional que pesa sobre los funcionarios judiciales, de dar respuestas oportunas y fundadas a las pretensiones de las partes, la cual no debe concebirse limitada a cualquier respuesta, sino que sus alcances llegan hasta la exigibilidad de resoluciones debidamente motivadas, como lo ordena el art. 144 CPP. Por lo que, no cabe el argumento de convalidación de la actividad procesal defectuosa por el silencio del imputado y la defensa particular que sostiene la Cámara para desvirtuar el recurso de apelación, ya que la omisión del Juez de resolver la petición del imputado implica la inobservancia de derechos y garantías fundamentales y, conforme a los arts. 346 N° 7) y 347 CPP., constituye una causa de nulidad absoluta que no puede subsanarse, aún con el consentimiento expreso de las partes, pues, subsiste durante el transcurso del proceso, pese al silencio o la aparente aquiescencia de los propios interesados.

**VEINTIUNO.** Por lo que, con base a los considerandos anteriores, se estima procedente casar la sentencia impugnada por el motivo invocado y, por haberse establecido la existencia de un defecto de procedimiento que acarrea nulidad absoluta, corresponde la invalidación del acto en que se produjo y la de los actos conexos con éste, incluso la vista pública, la sentencia y el incidente de apelación. Esta Sala se encuentra impedida para pronunciarse sobre la pertinencia o utilidad del medio de prueba propuesto, ni sobre su decisividad respecto a la situación jurídica del sindicado. Pero, a efecto de sanear el proceso, se ordena la enmienda de la actuación judicial adversa, a efecto de evitar su indefensión y garantizar la debida tutela de los derechos y garantías procesales, en igualdad de

condiciones para las partes. En ese sentido, lo que corresponde es la anulación y reposición de lo actuado a partir de la petición del encausado [...], formalizada por escrito de fecha [...], para que el Juez del Tribunal de Sentencia de Santa Tecla la resuelva conforme a derecho.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 467C2017, fecha de la resolución: 04/05/2018*

FACULTAD DEL JUEZ INSTRUCTOR PARA QUE PUEDA ORDENAR DE OFICIO LA INCORPORACIÓN DE PRUEBA QUE CONSIDERE NECESARIA PARA EMITIR UNA DECISIÓN LO MÁS APEGADA A LA REALIDAD HISTÓRICA SOBRE AL CUAL RECAE EL LITIGIO

“Por otra parte, el solicitante alegó como segundo vicio de casación, entre otros puntos, el siguiente: “... *De lo anterior, la defensa técnica no comparte el criterio o fundamento del Tribunal de Alzada en el primer motivo dividido en literales a, b, y c; y por el segundo motivo de apelación también (...) Con relación a la primera motivación de la Cámara en relación al primer motivo de apelación en su literal a) la defensa técnica no comparte dicho criterio en su totalidad, pues es bien cierto que ya había sido ordenado el reconocimiento en rueda de persona que posiblemente tenga la razón el juez de instrucción de admitirla de oficio por imprescindible, pero no en relación a la testigo [...], pues el Código Procesal Penal establece las reglas de admisión de la prueba testimonial (...) es decir, debe reunir ciertos requisitos legales, (...) en ese orden de ideas, el fiscal tuvo la obligación de ofertar en tiempo en su acusación la testigo [...]* y qué pretendían probar, sin embargo el juez instructor de oficio ordenó su admisión arbitrariamente incumpliendo el Art. 186 Inc. 5° Cn. ...”. (Sic).

En cuanto al vicio expuesto, la Cámara expresó: [...]

Previo a resolver éste y los demás puntos impugnados, esta Sala considera necesario aclarar que el tribunal de segunda instancia, dentro de su competencia, Art. 475 Pr. Pn., goza de libertad para revisar y seleccionar los elementos probatorios que le permitan solventar los puntos reclamados por el apelante, expresando el mérito o no de un determinado medio probatorio, a partir del ejercicio intelectual que se le hace al proveído de primera instancia; lo cual permite a la sede de alzada ejercer válidamente su potestad de confirmar, anular o revocar el pronunciamiento, pero observando los requisitos de proveer una motivación expresa, clara, lógica y legítima, dándole cumplimiento a la exigencia de una fundamentación completa; en razón de ello, corresponde a esta Sala evaluar los juicios lógicos emitidos por dicha instancia. (Ver Ref. 113C2015 de fecha veintisiete de julio del año dos mil quince).

En relación a lo indicado por el recurrente en este punto, referente a la motivación que la Cámara hizo respecto del primer motivo de apelación en su literal a), esta Sala observa que dicho tribunal en sus argumentos indicó que tanto el reconocimiento en fila de personas practicado por la víctima, respecto al imputado, como el testimonio de la joven [...], ambos fueron legalmente incorporados al proceso de forma oficiosa por la Juez Tercero de Instrucción, bajo los

parámetros establecidos en los Arts. 279 y 302 Nos. 2 y 4 y 362 N° 10 Pr. Pn., es decir, sobre la facultad legal de ordenar prueba de oficio; pues, consta en las actuaciones que el imputado en el momento de presentar la acusación se encontraba ausente y fue hasta su detención que se practicó dicho reconocimiento; asimismo, consta que a través de la declaración de la joven [...], se probaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar donde sucedieron los hechos, por lo que la Cámara concluyó que dichas pruebas fueron introducidas e incorporadas en legal forma al juicio.

Sobre el particular, esta Sala estima que lo resuelto por la Cámara está acorde al criterio de este Tribunal, ya que para dar un fallo ajustado a derecho, el juez puede disponer que se incorpore -aún de oficio- la prueba que considere necesaria a efecto de pronunciar una resolución lo más aproximada a la realidad histórica sobre la cual recae el litigio; lo cual no implica la pérdida de la imparcialidad, ni el desmedro de las reglas del debido proceso, puesto que la incertidumbre surgida en la psiquis del juzgador es producto de la valoración de los demás elementos que unidos no han permitido arribar a un contexto de probabilidad positiva propio de la fase intermedia del proceso; especialmente, si con la inclusión de tales probanzas se verá reforzada cualquiera de las hipótesis de las partes procesales. En ese sentido, la misma ley faculta al juez de instrucción para que, en casos como el de autos, pueda ordenar la incorporación de prueba de oficio, Art. 362 No. 10 Pr. Pn. En vista de lo cual, lo resuelto por la alzada está apegado a derecho, debiendo desestimarse el motivo en esta parte.”

ACTAS DE PESQUISA O ÍNDOLE SIMILAR CONSTITUYEN DILIGENCIAS INICIALES DE INVESTIGACIÓN Y SE CONSIDERAN COMO PRUEBA DOCUMENTAL, SIEMPRE QUE CUMPLAN CON LAS FORMALIDADES EXIGIDAS PARA LAS ACTAS POLICIALES

“Por otro lado, el peticionario indicó, en el primer motivo de apelación en su literal b), que la prueba documental -inspección ocular, y el análisis balístico- carecen de autenticación en de acuerdo a lo establecido al Art. 249 Pr. Pn., por lo que no tenían que ser valoradas, ya que se incorporaron de manera ilegal, pues no se contó con las declaraciones de los investigadores, ni con los técnicos que realizaron dichas diligencias.

Al respecto, la Cámara indica que se hizo constar que en la vista pública, efectivamente, la representación fiscal prescindió de los testigos agentes investigadores, quedando solamente como tal, [...]; no obstante lo anterior, el tribunal de alzada fue enfático en manifestar que las partes en ningún momento del debate objetaron algún punto oscuro de la relacionada prueba o que necesitara de explicación o ampliación por parte de los investigadores y del técnico a que se refieren.

No obstante que el tribunal de segundo grado no profundizó en su análisis sobre el punto apelado, esta Sala ya se ha pronunciado en diferentes resoluciones, en el sentido que es importante resaltar, que el peticionario habla de prueba ilegal, porque pretende hacer creer que la prueba documental debe ir amarrada o amparada por la declaración o del testigo o perito en su caso, por lo que es

pertinente recordar que en el Título V del Código Procesal Penal, denominado “De la Prueba”, consta que la inspección ocular, constituye un acto urgente de comprobación, el cual de conformidad al Art. 372 No. 1 Pr. Pn., para su legal incorporación en juicio requieren su mera lectura, es decir, estas actuaciones valen por sí solas, ya que la ley les da esa categoría y carácter probatorio; lo que también es predicable respecto de los informes periciales conforme al numeral 2 del comentado precepto legal, el que indica de manera potestativa en cuanto a la presencia del técnico en el juicio, que en caso de dictámenes podrá requerirse la presencia del perito; lo que conlleva, que la legalidad de dichos elementos no depende de la comparecencia o no del perito, cabe recordar, que dichos elementos son considerados como prueba y para su legal incorporación basta su lectura; por consiguiente, la causal por la que se alega la nulidad de la sentencia tampoco se configura y deberá mantenerse la validez de la misma. (Véase sentencia de casación con Ref. 213C2012 de fecha 11/09/2012).

También, expresó el solicitante que: “... Con relación al primer motivo de apelación en su literal c) (...) tampoco comparte la motivación del tribunal de alzada, pues la Cámara alega que el Art. 175 final, faculta al juez A quo valorar la prueba sin haber sido incorporadas sin las formalidades del Código Procesal Penal, sin embargo, no es cierto, pues la Cámara no transcribe en su totalidad lo que menciona dicho inciso (...) De lo anterior, el inciso final es claro que los elementos de prueba sin las formalidades del Código Procesal Penal, serán valorados como indicios, en ese sentido, no pueden ser valorados con certeza positiva y mucho menos para condenar ...”. (Sic).

Finalmente, el solicitante alegó, en cuanto al segundo motivo de apelación, que no comparte la motivación del tribunal de alzada, ya que los reconocimientos de lesiones y de sanidad debieron ser considerados como prueba ilícita, pues, el médico que los realizó se basó en un expediente clínico que no correspondía al de la víctima, por lo que dichos medios probatorios no debieron ser ofertados, admitidos, ni incorporados para ser objeto de valoración.

Respecto a los dos puntos reclamados, la Cámara expresó que al analizar los argumentos de los impetrantes, advertía que dichos medios probatorios fueron ofertados y admitidos debidamente, los cuales se tuvieron por incorporados legítimamente para la vista pública. También, expresó la alzada que los apelantes no cuestionaron la forma de obtención de los medios probatorios, sino su incorporación al proceso, conforme a lo dispuesto en el inciso último del Art. 175 Pr. Pn., pero aún cuando dichos medios de prueba hubiesen sido incorporados sin las formalidades prescritas por el Código Procesal Penal, los mismos pueden ser valorados por el juez al momento de emitir el fallo.

En cuanto al vicio referido a las actas de entrega de evidencias, actas de pesquisas y acta que documenta el estado físico de la víctima -y pese a que la alzada no ahondó sobre dicha temática- esta Sala es del criterio que las actas policiales de pesquisa o de índole similar, constituyen diligencias iniciales de investigación y si bien son de utilidad para dicha etapa del procedimiento, cierto es que esas actuaciones contienen información, la cual conforme al principio de libertad

probatoria previsto en el Art. 176 Pr. Pn., se considera prueba documental, siempre que se hayan cumplido las formalidades legalmente exigidas para las actas policiales, Art. 139 Pr. Pn. (Véase resolución de casación con Ref. 194CAS2012 de las quince horas y diez minutos del día diecinueve de marzo de dos mil catorce). De consiguiente, el punto impugnado debe desestimarse.”

PROCEDE CONFIRMAR LA DECISIÓN AL ESTAR DEBIDAMENTE FUNDAMENTADA EN LA PRUEBA PERICIAL Y DOCUMENTAL CORROBORADA CON PRUEBA TESTIMONIAL

“Referente a que los reconocimientos de lesiones y de sanidad debieron ser considerados como prueba ilícita, por cuanto, se basaron en un expediente clínico que no corresponde a la víctima, esta Sala advierte que a [...] de la sentencia de primera instancia se encuentra el análisis y la valoración de la prueba incorporada en la vista pública, como lo es la prueba pericial consistente en el reconocimiento de lesiones de [...] realizado en el Hospital Nacional de [...], el día [...], por el Doctor y master [...], perito forense, practicado a la persona de la víctima [...], en la que determinó que las lesiones descritas pusieron en peligro la vida de la paciente y sanarían en un periodo de noventa días a partir de la fecha en que fueron producidas, el cual ratifica y firma su dictamen; asimismo, a [...] se encuentra, relacionado el reconocimiento de sanidad realizado el día [...], por el citado galeno referente a la misma paciente señora J, en base al expediente clínico número \*\*\*\*\* del Hospital Nacional de [...], en el que se concluyó que las lesiones que se describieron en el reconocimiento de sangre, sanaron en el tiempo prescrito (noventa días), por lo que este Tribunal ha constatado que, contrario a lo que sostiene el impetrante, las pericias fueron realizadas respecto de la víctima y no de otra persona como lo afirma el recurrente, por lo que no procede la nulidad solicitada.

En conclusión, considera esta sede que resulta procedente confirmar la sentencia de Cámara en los puntos de la decisión que fueron objeto de análisis de fondo en virtud de la apelación incoada, ya que la respuesta brindada por la Cámara al resolver los cuestionamientos del apelante, ha sido razonada mesuradamente no obstante su escueta fundamentación, ya que sus conclusiones se cimentan en los diferentes medios y elementos probatorios incorporados al juicio; como fue la prueba pericial y documental obrante en autos, la cual fue corroborada con la prueba testimonial. De tal manera, que la resolución del tribunal de alzada se encuentra motivada, respondiendo a los parámetros de coherencia y derivación; por ende, la motivación responde a las garantías constitucionales y legales exigidas, por lo que deberá mantenerse la validez de la misma.

En ese entendimiento, en cuanto al segundo motivo de casación, no procede acceder a las pretensiones del recurrente debiendo, entonces, mantenerse inalterable la decisión judicial venida en casación, únicamente en los puntos *supra* examinados.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 213C2017, fecha de la resolución: 20/03/2018*

## MALTRATO INFANTIL

CORRESPONDE RECHAZAR MOTIVO DE CASACIÓN AL ADVERTIRSE QUE HA EXISTIDO UN RAZONAMIENTO ADECUADO Y FUNDAMENTADO RESPECTO DE LA PRUEBA DESFILADA EN JUICIO

“El impetrante expresó como motivo que la sentencia de mérito importa una infracción a las reglas de la sana crítica con respecto a medios o elementos de carácter decisivo, particularmente por haber omitido la Cámara en su razonamiento, al valorar y pronunciarse sobre el reconocimiento médico forense, de fs. 23, en el que se establece que los ocho días dados para que sanaran las lesiones, no reflejaron la violencia física que dicho tribunal de alzada adujo para confirmar la condena por el delito de Maltrato Infantil.

También menciona que dicha Cámara decidió acreditar erróneamente hechos que pugnan directamente con la prueba pericial ofrecida, admitida y desfilada en juicio; en ese sentido, señala que el tribunal de alzada efectuó un estudio incompleto de la tipicidad sobre el abuso de los medios de corrección porque omitió explicar cómo los tres únicos cinchazos controlados cada vez en su fuerza (pues sólo generaron equimosis y no hematomas), constituyeron el elemento normativo del tipo denominado “abuso” en los medios de corrección y se limitó a describir “actos de violencia” o “actos de castigos de violencia física” que están implícitos en el mero “uso” de medios de corrección pero no representan el “abuso” que es el nivel jurídicamente relevante en el tipo penal.

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

Previo a desarrollar los planteamientos de este Tribunal, se estima oportuno señalar que, por la naturaleza del recurso de casación, se encuentra sujeto a control por ésta vía el proceso lógico seguido por sentenciador en su razonamiento, realizando bajo este aspecto: *“un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia, verificando si en su fundamentación se han observado las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y la experiencia”*. (Fernando de la Rúa, La Casación Penal, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1994, Pág. 154).

En relación al primer aspecto del vicio alegado la Cámara expresó: *“... El señor Juez del Tribunal de sentencia de Santa Tecla, condenó al procesado CPD, por el delito de Maltrato Infantil, esencialmente por considerar lo siguiente (...) que el reconocimiento Médico Legal de Genitales, corrobora la declaración del imputado y de la señora SJSD, sobre la violencia física del imputado hacía la menor, pero en la magnitud que dijo la menor...”*. (Sic)

Visto el anterior razonamiento, este Tribunal considera que no obstante que el tribunal de alzada no hace un análisis exhaustivo del reconocimiento médico forense de fs. 23 que aduce el recurrente, la respuesta brindada por la Cámara al resolver los cuestionamientos de la apelación, ha sido razonada adecuadamente, ya que dentro de la sentencia que se impugna se ha desarrollado una fundamentación cuyas conclusiones se cimentan de manera integral, en los diferentes medios probatorios incorporados al juicio.

Así, véanse que los razonamientos del tribunal de alzada, han sido respetuosos de las reglas de valoración probatoria, en vista que la declaración de la menor víctima ha resultado creíble en sus afirmaciones por sus concordancias con el testimonio brindado por la testigo SJSD, y la misma declaración indagatoria del imputado en la que reconoció que sí castigó a su hija; determinando la alzada que dicha declaración fue coherente con lo sostenido por la señora SD en su deposición, la cual fue corroborada con la prueba pericial y documental obrante en autos, como lo fue el reconocimiento médico practicado a la menor víctima por la doctora Rosa María Orellana Pineda, así como su deposición como tal, en la que se describen diferentes equimosis que le fueron encontradas al realizar el examen físico del cuerpo de la menor víctima; pericia que corroboró la manifestación de los actos de violencia que ejerció el imputado en contra de la menor, encontrándose evidencia física de su conducta. En tal sentido, se tiene que a través de toda la prueba relacionada en el proceso, entre las que pueden mencionarse además el peritaje psicológico y de trabajo social, que refuerzan la existencia de los hechos de violencia manifestados por la menor víctima, se pudo comprobar la existencia del delito como la participación del imputado en el hecho atribuido; resultando por tanto inexistente el defecto en la motivación probatoria intelectual a que alude el recurrente en relación al referido reconocimiento médico forense.”

#### TRATADOS INTERNACIONALES Y LEPINA ESTABLECEN DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER RESPETADOS EN SU INTEGRIDAD PERSONAL

“Tampoco lleva razón el impetrante cuando señala que el tribunal de alzada efectuó un estudio incompleto de la tipicidad sobre el abuso de los medios de corrección por considerar que su defendido no incurrió en abuso y que su comportamiento resulta a su juicio jurídicamente irrelevante, ya que para él los tres únicos cinchazos controlados cada vez en su fuerza por el encausado y que sólo generaron equimosis y no hematomas, quedan implícitos en el mero “uso” de medios de corrección pero no representan el “abuso” que es el elemento exigido por el tipo.

En cuanto al referido ilícito de Maltrato Infantil, contrario a lo aducido por el impugnante, la Cámara expresó que con los elementos de prueba valorados se pudo acreditar con suficiente certeza que el imputado ha sido el responsable de dicha acción delictiva, ya que se establecieron los elementos del tipo regulados en el art. 204 Pn., en el que se establece que: *“El que maltratare a una persona menor de edad con evidente perjuicio físico, moral o psicológico, será sancionado con prisión de uno a tres años, siempre que no constituyere un delito más grave”*; y en relación al reclamo efectuado por el recurrente el inciso segundo preceptúa: *“Igual sanción se aplicará a cualquier persona que con abuso de los medios de corrección causare perjuicio a una persona menor de edad que se hallare sometido a su autoridad, educación, cuidado o vigilancia o que se encontrare bajo su dirección con motivo de su profesión u oficio”*.

Señalando de manera contundente la alzada sobre dicho reclamo que: *“... en el presente caso sobre éste delito en particular, no existe errónea aplicación*

*del Art. 204 CP., como alega el apelante, ni existe la supuesta aplicación parcial o estudio incompleto de la disposición, pues en este caso, el señor juez condenó al imputado por haber “maltratado” a la víctima menor de edad; en otras palabras lo condenó por el inciso primero del Art. 204 CP., pero aún si lo hubiese condenado por “abuso de corrección” tomando la prueba incorporada, el señor juez hubiese estado habilitado para dar por acreditada dicha conducta ...”.* (Sic).

Asimismo, indicó: “... sin embargo en ningún momento el legislador avala el uso de la violencia física o mental para corregir un inadecuado comportamiento de un hijo, mucho menos como fue ejecutada la violencia física en la víctima menor de edad en este caso a quien el imputado le propinó una serie de patadas sobre su cuerpo, golpes con las manos, golpes con palo como se le pega a una piñata, jalones de cabello, y cinchazos con la hebilla del mismo, toda una agresión desbordante, haciendo ver que la fuerza de un hombre enojado sobre el cuerpo de una niña adolescente representa una clara agresión injustificada (...) en ese orden de ideas en la conducta del imputado no se advierte una intención de corregir, no hay nada educativo en su comportamiento, se infiere que su conducta fue producto de una furia dolosa y desenfrenada sobre la menor víctima que produjo un resultado de lesiones sobre su cuerpo que ha sido corroborado por el médico forense, sin dejar de mencionar las lesiones morales al grado de tener, en su momento, intento de suicidio ...”. (Sic).

Finalmente, sostuvo: “...cualquiera que sean los motivos que inciten la corrección de los hijos de parte de sus padres u otras personas que tengan autoridad sobre un menor de edad, no les da derecho a realizar actos de ningún tipo de violencia, como los castigos corporales con palos, patadas y puñetazos proscritos en nuestro ordenamiento jurídico; por tanto, todo uso de violencia física corporal que los padres u otras personas realicen sobre los menores como la que se produjo en este caso, es considerado maltrato infantil...” (Sic).

Respecto de lo alegado en este punto, la Sala estima necesario recordar que nuestro ordenamiento jurídico a través de los diferentes instrumentos jurídicos internacionales vigentes como la Convención sobre los Derechos del Niño e internamente la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, (LEPINA), es claro en expresar que las niñas, niños y adolescentes, tienen derecho a que se les respete su integridad personal, la cual comprende la integridad física, psicológica, cultural, moral, emocional y sexual y no se pueden someter a ninguna modalidad de violencia, tales como el abuso, explotación, maltrato, tortura, penas o maltratos inhumanos, crueles y degradantes. En esa línea, el Art. 38 inciso segundo de la LEPINA brinda una definición de lo que se entiende por maltrato de una persona menor de edad, prescribiendo al respecto: “...toda acción u omisión que provoque o pueda provocar dolor, sufrimiento o daño a la integridad o salud física, psicológica, moral o sexual de una niña, niño o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus padres, madres u otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado, cualesquiera sean los medios utilizados...”.

Por lo anterior, considera esta Sala que el fallo de confirmación dictado por la Cámara se encuentra ajustado a derecho, no advirtiéndose la omisión jurídica que le achaca el impetrante en su escrito.

En ese contexto, este Tribunal de Casación no advierte infracción alguna en los dos aspectos invocados por el gestionante, observando que el accionar de la Cámara al reexaminar la sentencia condenatoria de primera instancia resulta válido, ya que se encuentra bajo las potestades resolutorias que de acuerdo a la ley le han sido conferidas; en consecuencia, el recurso en los puntos alegados debe rechazarse.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 27C2018, fecha de la resolución: 18/10/2018*

## **NULIDADES**

PROCEDE DECRETAR NULIDAD PARCIAL DE UNA SENTENCIA CUANDO NO SE EVIDENCIAN ELEMENTOS PROBATORIOS QUE JUSTIFIQUEN EL AUMENTO DE LA PENA ATRIBUIDA AL ENJUICIADO, POR PARTE DEL TRIBUNAL AD QUEM

“No obstante lo anterior, esta Sala observa que la Cámara no fundamentó en debida forma el motivo del cambio de la pena de tres años de prisión imputada a la imputada en primera instancia, por la de cinco años; es decir, no se evidencian en el proveído del tribunal de segundo grado, elementos que justifiquen el aumento de la pena atribuida a la enjuiciada, limitándose a señalar: “... La penalidad que puede aplicarse a la justiciable oscila entre tres a seis años de prisión; pero no debemos ignorar que la penalidad mínima debe imponerse cuando la peligrosidad ha sido la más insignificante, es decir, cercana a los dos gramos de droga; y, no podemos soslayar también que en el caso sub iudice el riesgo para la salud pública fue cuantificable en más de ciento treinta gramos de marihuana; por tanto, la dosimetría penológica ha de ser en un quantum mayor al mínimo establecido por el legislador; para ser congruentes con el grado de culpabilidad y con el principio de proporcionalidad entre la conducta, la lesividad y la responsabilidad penal. En consecuencia, hemos de reformar la decisión judicial únicamente en lo relativo a la sanción jurídica, imponiéndole a la imputada la pena principal de cinco años de prisión, así como las penas accesorias de pérdida de los derechos de ciudadano e incapacidad para obtener un cargo público durante el tiempo de la condena; además, hemos de revocar el reemplazo de la penalidad imputada por la jueza sentenciadora por trabajos de utilidad pública. En el resto de la sentencia se ha de confirmar por estar apegada a derecho...” (Sic.).

Como se puede observar, el tribunal de segundo grado al momento de cambiar la pena de tres años imputada por el tribunal de primera instancia e imponer la pena de cinco años de prisión a la procesada, no tomó en cuenta lo plasmado en el artículo 63 del Código Penal, pues en esta norma se regulan los criterios a ser tomados en cuenta por el órgano sentenciador al momento de la determinación de la pena, cuales son: 1. Extensión del daño y del peligro efectivo provocado; 2. La calidad de los motivos que lo impulsaron al hecho; 3. La mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho; 4. Las circunstancias que rodearon al hecho; y, 5. Las circunstancias atenuantes o agravantes.

Por lo que esta sede considera que, sobre la base del Art. 144 Pr. Pn., se deberá anular de oficio parcialmente la sentencia de la Cámara de la Tercera Sección de Occidente con sede en Ahuachapán, únicamente en relación a la pena de cinco años de prisión impuesta a la procesada [...], por no justificar conforme a la ley la agravación de la sanción impuesta por el tribunal de juicio, debiendo mantenerse la pena mínima de tres años y el reemplazo de la misma por trabajo de utilidad pública, según los parámetros expuestos en el proveído del Tribunal de Sentencia de la ciudad de Ahuachapán.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 35C2018, fecha de la resolución: 04/07/2018*

## POSESIÓN Y TENENCIA

### CONSIDERACIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL TIPO PENAL

“1. De acuerdo al memorial recursivo, el impetrante solicita a este Tribunal que controle el vicio cometido por la Cámara, consistente en la errónea aplicación del inciso 2° del artículo 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, e inobservancia del inciso 3° del referido artículo del mismo cuerpo legal, ya que dicha instancia considera en ciertos apartados de su resolución que la cantidad poseída era de ciento quince punto un gramo de marihuana con los que se pueden fabricar unos doscientos treinta y dos cigarrillos de esa droga, constituyendo ello una lesividad bastante considerable para la salud de la comunidad, lo cual tiene por acreditado la alzada; sin embargo, posteriormente y en forma contradictoria dicho tribunal argumenta que de acuerdo al principio de proporcionalidad establecido en la resolución de la Sala de lo Constitucional con Ref. 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007, mantiene la calificación de la conducta de la enjuiciada según lo establecido en el inciso 2° del artículo 33 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, sin tomar en cuenta que los elementos de prueba aportados al juicio demuestran el daño que puede ocasionar la droga incautada a la procesada [...], de haberse continuado con el ciclo de la narcoactividad y que por lo tanto, debió enmarcarse dicha conducta en el inciso tercero de la misma disposición.

Continúa expresando el impetrante, que no está de acuerdo con el planteamiento de alzada, al tomar como fundamento la sentencia de la Sala de lo Constitucional, para no cambiar la calificación jurídica solicitada en apelación, habiéndose demostrado en la vista pública que la indilgada poseía droga con fines de tráfico. La Sala de lo Penal considera, que el motivo debe ser desestimado, conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

Inicialmente, corresponde efectuar algunas breves apreciaciones conceptuales sobre el delito de Posesión y Tenencia con Fines de Tráfico.

Esta Sala considera oportuno tener presente que el ilícito en comento, catalogado como de “peligro abstracto”, supone el perjuicio contra la salud pública, bien jurídico colectivo que se proyecta sobre la comunidad de manera general e indeterminada. En esta clase de hechos delictivos, el riesgo está implícito en

la acción desplegada; no se trata de que se produzca un efectivo riesgo -como sí ocurre en aquellos de peligro concreto-, sino el riesgo de la conducta que se supone inherente a la acción.

De acuerdo a ese panorama, el espíritu de la actual Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, se decanta por penalizar el riesgo potencial para la salud pública, bajo el argumento que resulta constitucionalmente aceptable castigar la tenencia de drogas.

Concretamente, el artículo 34 de esta ley especial, tipifica el delito de Posesión y Tenencia, bajo tres supuestos diferentes: 1°. Si la sustancia ilícita incautada es menor a dos gramos; 2°. El material es igual o mayor de dos gramos; y, 3°. Es indiferente o no interesa la cantidad de estupefacientes, sino que el actuar penalmente relevante se produce a través de la finalidad de narcotráfico.

La discusión se ha suscitado aquí, precisamente en torno al propósito comercial; en atención a ello, es conveniente señalar que para que resulte configurado el ilícito en cuestión, se requiere la acreditación tanto del elemento de naturaleza objetiva, es decir, la propia tenencia o posesión de la sustancia; y además, el elemento subjetivo, correspondiente a la ulterior intención de transferir la droga -total, parcial u onerosamente- a un tercero. De tal suerte que, para concluir inequívocamente que dicha materia se encamina a agotar cualquiera de las conductas contenidas en el Art. 34 de la citada ley, esto es, con fines de tráfico, no basta que se encuentre dentro de la esfera de dominio del imputado, sino que debe existir también, un plus que se exige a la posesión y tenencia como mero hecho material, cual es que sin ninguna duda posea una finalidad inmediata a las actividades de tráfico general.

La posesión y tenencia destinada al tráfico, en tanto que supone una intención proyectada hacia eventos futuros, difícilmente puede ser confirmada mediante evidencia directa; es ante este punto, cuando toma relevancia la probanza de carácter indiciario; es decir, es a través de datos externos y suficientes que es posible inferir dicha circunstancia respecto de conductas anteriores o simultáneas a la tenencia de la droga. Entonces, con el propósito de determinar la referida intención, es necesario tomar otras circunstancias periféricas a la comisión del evento, como es la cantidad y la calidad de la sustancia ilícita incautada, así como, las condiciones del lugar en que se desarrolla el actuar y otros escenarios particulares que arrojen datos suficientes del propósito de traslado de alcaloides a terceros.

En cuanto a la aptitud probatoria de los indicios, cabe mencionar que efectivamente éstos pueden conformar elementos de cargo, toda vez que se cumplan los requisitos siguientes: partir de los sucesos plenamente probados, y además, que mediante un proceso mental razonado, en concordancia con las reglas del correcto entendimiento humano, se extraigan las condiciones que compongan el delito. Solamente así, los referidos indicios se distinguen de la simple sospecha. Precisamente, respecto al tipo penal en mención, este tribunal ha afirmado en causas anteriores: "la posesión y tenencia calificada o destinada al tráfico, en tanto que constituye una intención proyectada sobre hechos futuros, difícilmente puede ser acreditada mediante prueba directa, es ante este punto, cuando toma relevancia la probanza de carácter indiciario, es decir, a través de datos externos

y suficientes es posible inferirse dicha circunstancia respecto de conductas anteriores o simultáneas a la tenencia de la droga”. (Véase sentencia de casación 45-CAS-2007, emitida el día veinte de marzo de dos mil nueve).

En ese orden de ideas y tomando en cuenta que la alzada hace reposar su decisión interpretando la sentencia de la Sala de Constitucional con Ref. 70-2006T71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007, resulta procedente traer dicho pronunciamiento constitucional, que en lo que concierne expresa: “...6) Por su parte, respecto del Art. 34 Incs. 1° y 2° LERARD y a partir de la delimitación de los motivos de inaplicación expresada por esta Sala, resulta pertinente hacer notar que la desproporción señalada por los jueces requirentes se entabla respecto del supuesto de hecho...”(Sic).

“...V .1 (...) Circunscribiendo el control de constitucionalidad, este versará sobre el criterio cuantitativo a que hace referencia la prohibición penal con relación a la posesión y tenencia de drogas (menos o más de dos gramos), y la pena de prisión con la cual ha sido conminada tal conducta tanto en el supuesto contemplado en el inciso primero –uno a tres años–, e inciso segundo –de tres a seis años–, poniendo tales elementos en relación con el inciso tercero de tal disposición...”(Sic.).

“...C (...) De ahí que, la posesión y tenencia para el auto-consumo, en la medida que forma parte de ese espacio incoercible del libre desarrollo de la personalidad, está fuera del ámbito del Derecho Penal, y en este sentido deben ser entendidos los incs. 1° y 2° del Art. 34 LRARD...”(Sic.).

“...3.A (...) Así el criterio cuantitativo que se alude en ambos incisos, debe entenderse como un criterio que el juez ha de tener en cuenta a la hora de examinar la tipicidad de la conducta a fin de delimitar entre (i) la posesión para autoconsumo –exenta de pena–; y (ii) la posesión encaminada al tráfico u otras conductas de promoción que sí deben ser castigadas...” (Sic.).

“...En un sentido más técnico entonces, el denominado “ánimo de traficar” se plantea como un elemento subjetivo del tipo de necesaria comprobación procesal para la aplicación de cualquiera de las conductas reguladas tanto en el inciso primero como en el segundo... “(Sic.).

Expuesto lo anterior, procede continuar con las siguientes reflexiones:

La Sala de lo Constitucional practica el análisis de los incisos 1° y 2° del artículo 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, partiendo del supuesto de hecho.

A raíz de ese examen, dicha Sala distingue dos acciones que en principio son opuestas entre sí, a) El autoconsumo, que no es perseguible penalmente y, b) Dicho de esta manera, el que no es para autoconsumo; es decir, el comportamiento encaminado al tráfico u otras conductas de promoción de la droga, la cual merece un reproche penal y, que denomina ánimo de traficar. Resulta entonces, que este animus que señala no es un elemento nuevo incorporado a los tipos penales preexistentes, sino la acotación o aclaración que éste siempre debe estar presente para que el comportamiento sea punible y, desde luego, corresponde la carga de la prueba al Ministerio Público Fiscal.

3) A diferencia del inciso tercero del Art. 34 de la LRARD (No fue sometido a control constitucional), aquí el legislador sanciona penalmente al autor por ha-

ber ejecutado actos que incorporan mayor peligro al bien jurídico tutelado salud pública, que las conductas previstas en los incisos que le preceden, concebidos con el objeto de realizar cualquiera de las conductas de tráfico ilícito del Art. 33 del mismo cuerpo de leyes; en otras palabras, en este supuesto no cabe el preguntarse si la Posesión o Tenencia de la droga era para consumo propio.

Simplificando, el Art. 34 de la LRARD, sanciona la Posesión y Tenencia de droga gradualmente en orden descendente; la Sala de lo Constitucional clarifica que en los primeros dos incisos; además de la cantidad de la sustancia que está a disposición del autor, deben tomarse en cuenta otros factores que detalla en su resolución que no viene al caso citarlos, y énfasis, en que en estos incisos se abarcan comportamientos que pueden ser autorreferentes y, por consiguiente, corresponde a la Fiscalía General de la República probar que no lo son, por estar encaminadas a la promoción o tráfico; en cambio, en el tercer inciso, el hecho no permite preguntarse si se está ante un autoconsumo, dado que el supuesto fáctico implica en sí un nivel de riesgo mayor a la salud pública, el cual es tenido como tal con la mera descripción del evento acreditado cuyos rasgos encontrados conllevan a concluir que el peligro latente es superior.

Finalmente, si la escena delictiva conduce a la necesidad de que el Ministerio Público Fiscal demuestre con los medios probatorios pertinentes que no se está ante una tenencia para consumo personal; la figura punible a enmarcar estará entre el inciso primero y segundo del Art. 34 de la LRARD; pero si el factum dibuja una historia de la cual es imposible sostener o considerar un autoconsumo, derivado de la gravedad del peligro al que se somete la salud pública, la acción ya ejecutada y, que en consecuencia, buena parte de la prueba de cargo se encarrila a convencer que el propósito de su conducta es el tráfico ilícito, su comportamiento entraña un accionar que merece mayor reproche penal que es el previsto en el inciso tercero de la norma especial en cita.”

#### CORRECTA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL DELITO POR PARTE DEL TRIBUNAL AD AQUEM, POR ESTAR ACREDITADO CONFORME A LOS ELEMENTOS PROBATORIOS DESFILADOS EN JUICIO

“En ese sentido, la Sala se ve conminada por el principio de legalidad a examinar el caso que nos ocupa, exclusivamente sobre si la Cámara resolutora incurrió en un error al enmarcar los hechos acreditados al tipo penal de Posesión y Tenencia contemplado en el Inc. 2° del Art. 34 LRARD; resultando procedente conocer los argumentos del Tribunal de segundo grado para confirmar parcialmente el proveído de primera instancia, expresado en lo que concierne:”... IV. Como lo hemos reseñado, a partir de la resolución 70-2006, –refiriéndose a la sentencia de la Sala de lo Constitucional con Ref. 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007– el elemento especial del ánimo (ánimo de traficar o fines de tráfico) dejó de ser un elemento típico subjetivo exclusivo del inciso 3° del art. 34 LRARD, y por “función legislativa” de la Sala de lo Constitucional también se le ha adicionado como condición típica subjetiva a los incisos 10 y 2° del art. 34 LRARD; por tanto, todas las conductas de este artículo son “posesión y tenencia con fines de tráfico”. Ergo, hay una omisión en el juicio de tipicidad

realizado por la jueza a quo al no comprobar ese elemento especial del ánimo (propósito o fin de traficar) en el encuadramiento legal de su sentencia; no obstante, como lo veremos ut infra, tal elemento tendencia! sí existe en la conducta de la procesada... "(Sic.).

Continúa expresando la alzada: "... La jueza sentenciadora calificó el hecho como posesión y tenencia, amparada en el inciso 2° del art. 34 LRARD; pero, fue omisa en lo relativo al elemento especial del ánimo que exige este tipo penal (...) debemos de adicionar que la encausada no ha manifestado ser consumidora de marihuana, por lo que descartamos que la posesión de dicha droga haya sido para el autoconsumo; ergo, por exclusión, es conspicuo que la posesión de dicha droga por parte de la encartada era con el fin de realizar alguna de las conductas del tráfico ilícito; por lo que podemos concluir liminarmente que la señora [...], realizó una conducta de posesión de droga con fines de tráfico; que la cantidad poseída era de ciento quince punto un gramos de marihuana, con los que se pueden confeccionar unos doscientos treinta y dos cigarrillos de esa droga; lo que, obviamente, es una lesividad bastante considerable para la salud de la comunidad. Y, obviamente, en las condiciones objetivas que llevaba la droga es imposible argumentar que desconocía que lo que portaba era marihuana (...) El análisis que hemos realizado corresponde al juicio de tipicidad que fue omitido por la jueza sentenciadora; en ese orden de ideas, el examen típico de esta curia se adiciona como una fundamentación complementaria a lo que expuso la jueza a quo en su sentencia (art. 476 inc. 2° Pr. Pn.). (Sic.).

Finalmente, señala la Cámara: "...Como lo hemos aclarado, la posesión de la droga en dominio de la endilgada fue con fines de tráfico (...) hemos de recordar que a partir de la sentencia 70- 2006 de la Sala de lo Constitucional el supuesto de hecho que contienen los incisos 2° y 3° del art. 34 LRARD son idénticos; por lo que en base a los hechos acreditados, y a la adenda de esta cámara, en el presente caso se pueden aplicar simultáneamente los incisos 2° y 3° del referido artículo (...) En el fallo 70-2006, la Sala de lo Constitucional con énfasis resalta que las consecuencias jurídicas deben imponerse en atención al principio de proporcionalidad; y esta proporcionalidad debe aplicarse al examinar la conducta típica y la mayor o menor lesividad que se ha ocasionado al bien jurídico; así, para el presente caso, la elección de la calificación jurídica de la conducta de la enjuiciada y, por tanto, de la penalidad a imponer, debe estar en una relación directamente proporcional entre la conducta realizada y el peligro potencial ocasionado a la salud pública. En tal sentido, la referida Sala menciona en el fallo 47-2012 que esta relación disyuntiva exclusiva entre los incisos 2° y 3° del art. 34 LRARD se ha de definir aplicando el principio de alternatividad o a través de otros recursos que proporcione la dogmática jurídico penal (...) la cantidad de droga que portaba la imputada, la peligrosidad al bien jurídico, aunque ha sido de considerable magnitud, no lo ha sido en cantidad de grandes proporciones como para encausarla en un delito cuya consecuencia jurídica está prevista para casos en que el peligro al bien jurídico es en mayor gravedad y más cercano a la concreción de una verdadera lesividad; por lo que calificar la conducta dentro de la tipicidad propuesta por la agencia fiscal sería conculcar la dignidad de la implicada, porque se impondría una penalidad en desproporción

al peligro potencial ocasionado con su conducta; en consecuencia, esta cámara estima que la calificación legal, certera y proporcional a la conducta y lesividad realizada por la encartada es la de posesión y tenencia prescrita en el Art. 34 inc. 20 LRARD...". (Sic.).

En ese contexto se puede observar, en los párrafos transcritos, que la Cámara tiene por acreditados y valorados todos los elementos que integran el tipo penal de Posesión y Tenencia contenido en el inciso segundo del Art. 34 LRARD, además dicho tribunal señala que existió el ánimo de traficar por parte de la indilgada, señalando con ello que la señora [...], realizó una conducta de Posesión y Tenencia de Drogas con ánimo de traficar -finés de tráfico lo denomina- razonando que dicha acción es de considerable magnitud y que ello constituye un grave peligro para la salud de la comunidad; asimismo, que la procesada no desconocía que lo que portaba era droga y, por lo tanto, decide enmarcar la conducta de la encartada en el ilícito descrito, por considerar que la cantidad de droga no ha sido en grandes proporciones.

En vista de lo expuesto, esta Sala considera que no existe contradicción, ni equívoco en los argumentos de la Cámara ya que tomando en cuenta el elenco probatorio tiene por acreditado que la droga que poseía la procesada era con ánimo de traficar, partiendo su análisis de la sentencia con Ref. 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007, de la Sala de lo Constitucional, en el sentido que el supuesto de hecho contenido en los incisos segundo y tercero de la disposición antes referida son equivalentes; asimismo, que dicha Sala hace énfasis en que las consecuencias jurídicas deben imponerse e atención al principio de proporcionalidad, aplicándose este último en el momento de examinar la conducta típica y de ponderar la mayor o menor proximidad de lesividad a bien jurídico; en ese sentido, la alzada determinó que con la cantidad de droga que portaba la encartada la peligrosidad al bien jurídico no ha sido en una proporción tal como para encausarla en un delito cuya consecuencia jurídica está prevista para casos en que el peligro al bien jurídico es en mayor gravedad -como lo sería el inciso tercero- y más cercano a la concreción de una verdadera lesividad, por lo que el tribunal de segundo grado se decantó por calificar la conducta de la indilgada como Posesión y Tenencia, contenida en el inciso segundo del Art. 34 de la LRARD.

Al respecto, esta sede considera que la Cámara ha hecho lo correcto al enmarcar la conducta de la procesada en el inciso segundo de la citada disposición, ya que no obstante, haberse acreditado que la enjuiciada tenía el ánimo de traficar con la droga que portaba, la cantidad no era suficiente para generar un peligro de mayor trascendencia al bien jurídico tutelado, lo cual está acorde con el principio de proporcionalidad, observándose también, que el tribunal de alzada efectuó un análisis basado en los criterios contenidos en la referida sentencia de la Sala de lo Constitucional, los cuales este Tribunal comparte.

En consecuencia, de la contraposición de los argumentos contenidos en la sentencia y los expresados por la impugnante, se llega a la conclusión que no existe el error denunciado, pues, se deriva que la decisión a la que arribó la Cámara de la Tercera Sección de Occidente, es producto del debido análisis de los elementos de prueba desfilados en la vista pública y de la correcta interpretación

de la norma sustantiva. Por lo que esta Sala avala la fundamentación complementaria que sobre la base del Art. 476 Inc. 2° Pr. Pn., ha realizado el tribunal de alzada; de consiguiente, el motivo será desestimado.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 35C2018, fecha de la resolución: 04/07/2018*

INVIALE INTERPRETAR CIRCUNSTANCIAS QUE NO HAN SIDO LEGISLADAS Y SUGERIR LA CONCURRENCIA DE TODOS LOS ELEMENTOS PARA ACREDITAR EL ÁNIMO DE TRÁFICO

“Del estudio de los fundamentos del recurso presentado, esta Sala considera que el motivo alegado se configura por las razones que a continuación se expresan:

“Que la peticionaria denuncia lo que en esencia y de forma textual, señala: [...]

De los argumentos antes transcritos se determina que si bien es cierto el motivo es denominado como errónea aplicación del Art. 34 Inc. 2° de la LRARD, en esencia lo que se está reclamando es la aplicación del principio de lesividad del bien jurídico, pues se cuestiona que la Cámara haya considerado que de los hechos acreditados no se configuraba una lesión a la salud pública, consecuentemente es respecto a dicha denuncia que esta Sala se pronunciará.

En ese orden de ideas, debe retomarse lo dispuesto por el Art. 3 Pn., que dice: “No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal” (sic), lo que conlleva que penalmente sólo pueden ser sancionadas aquellas conductas que supongan un daño o peligro para determinado bien jurídico que el legislador consideró que debían ser protegidas por medio del derecho penal.

Lo anterior, tiene su razón de ser en el sistema democrático que rige a nuestro país, ya que en éste impera el principio de la igualdad ante la ley, que implica, desde una perspectiva formal la legalidad de los delitos y de las penas y desde una consideración material, la lesividad de los bienes jurídicos; es decir, los delitos han de definirse a partir de su lesividad a los bienes jurídicos, ya que ellos surgen de los objetivos que justamente busca el sistema de delitos y las penas.

Agregado a ello, el principio de lesividad de acuerdo al doctrinario y jurisprudente Eugenio Zaffaroni, que en su libro Derecho Penal Parte General señala lo que el comentado principio significa: “*que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo*” (sic), con lo que se reitera que sólo se persiguen hechos que afecten a un bien jurídico.

Es así, que se vuelve necesario revisar lo dicho por la Cámara respecto a la delimitación del cuadro fáctico acreditado en el tipo penal y lo relativo a la lesividad del bien jurídico, teniéndose así lo que en su literalidad, dice: [...]

De los citados juicios de valor, se advierte que la Cámara para realizar el análisis de tipicidad de los hechos acreditados en relación a la calificación jurídica acusada consideró la inexistencia de un perjuicio a la salud pública, en razón a que la droga incautada al procesado era para consumo, tomando como base

para su conclusión la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional referencia 70-2006/71-2006/5-2007/152007/18-2007 y 19-2007, ya que consideró que los elementos descritos en la misma debían concurrir para determinar el ánimo de traficar y en caso de faltar alguno de ellos se presumía un autoconsumo, eso tal y como literalmente, lo indica en su resolución: "...la jurisprudencia señalada (...) establece que si no se acredita dicha circunstancia "ánimo o intención de traslado a terceros" debe presumirse que es para su autoconsumo" (sic).

Ante el análisis jurídico del cuadro fáctico demostrado en la audiencia de vista pública, debe retomarse que el recurrente en ningún momento cuestionó la comprobación de los hechos; es decir, respecto a éstos es que se planteaba en la apelación la errónea aplicación del Art. 34 Inc. 2° de la LRARD, por no haberse valorado la lesividad del bien jurídico y una inobservancia del Art. 12 Cn., ello de acuerdo a lo consignado en la sentencia a [...], consecuentemente, el tribunal de segunda instancia a efecto de darle respuesta a dichos motivos tenía que plasmar los hechos acreditados que constaban en la sentencia de primera instancia, pues su competencia no se encontraba habilitada para valorar prueba y determinar el cuadro fáctico.

Una vez establecido lo anterior y con el fin de darle respuesta al reclamo de la impetrante, es pertinente, respecto de la conclusión que fue fundamento de la absolución, señalar que la jurisprudencia penal relacionada por la Cámara, específicamente las marcadas con las referencias 101C2015 y 20702015 señalan: *"...que la finalidad de tráfico debe concurrir en cualquiera de las modalidades descritas en el Art. 34 de la LRARD como delito de Posesión y Tenencia; y que este elemento subjetivo, no siempre se desprenderá de las mismas condiciones objetivas y subjetivas en todos los casos, sino variarán según cada hecho en particular ... (Cfr. Sentencia Ref. 291C2013 de fecha 07/04/2014)"* (sic).

De lo anterior, se acota que este Tribunal ha dejado abierta la posibilidad de comprobar la finalidad de tráfico por cualquier elemento probatorio atendiendo a las circunstancias del caso; es decir, que en ningún momento ha fijado parámetros taxativos para considerar dicho ánimo; de igual forma, la jurisprudencia constitucional relacionada en la sentencia y que es clasificada con el número 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/182007/19-2007, indica: "...el denominado "ánimo de traficar" se plantea como un elemento subjetivo del tipo de necesaria comprobación procesal para la aplicación de cualquiera de las conductas reguladas tanto en el inciso primero como en el segundo, y donde el criterio meramente cuantitativo de la cantidad ... debe ser complementado en el análisis judicial con otros aspectos tales como: ... -previas la etapas procesales pertinentes y conforme los elementos de prueba examinados en juicio- ... las aplicaciones de la posesión y tenencia ... requerirá el establecimiento de ese presupuesto subjetivo, a partir de una valoración integral de los hechos, y de un análisis que no debe atender exclusivamente a la cantidad de gramos, sino a la confluencia de varios criterios, los cuales deben plasmarse en la motivación de la decisión judicial" (sic).

En ese orden de ideas, la sentencia constitucional tal y como se dijo, viene a reiterar la necesaria comprobación del ánimo de tráfico para contemplar configurado el delito; sin embargo y contrario a lo expuesto por la Cámara, la Sala de

lo Constitucional refiere que junto al criterio cuantitativo se deberán considerar otros elementos que servirán para acreditar el citado elemento subjetivo, enumerando una lista de las posibles circunstancias que podrán comprobar ese dolo, pero no se estableció que de faltar uno de ellos se asumiría que se está frente a alguna conducta autorreferente o para su consumo.

Por consiguiente, no es viable interpretar circunstancias que no fueron estimadas en la sentencia de la Sala de lo Constitucional, puesto que sugerir que se requiere la concurrencia de todos los elementos que se mencionan en la resolución para acreditar el ánimo de tráfico, sería agregar al tipo penal elementos que no han sido legislados, lo que iría en contra del principio de legalidad.

Una vez aclarado lo anterior, es necesario retomar los hechos acreditados y que constan en la sentencia, de los cuales se extrae que [..]”

PROCEDE ANULAR AL DETERMINARSE LA EXISTENCIA DE ERROR EN LA ADECUACIÓN DE LOS HECHOS, AL ESTABLECERSE LA LESIÓN AL BIEN JURÍDICO SALUD PÚBLICA Y NO LA DROGODEPENDENCIA

“Con el cuadro fáctico que se determinó en juicio, se pone en evidencia la motivación que tuvieron los agentes policiales para hacer la requisa del imputado, siendo ésta la actitud mostrada al momento del hecho; de igual forma, el hallazgo de una cantidad que sobrepasa los dos gramos de droga, en este caso marihuana, la manera en que se encontraba la misma, que era en veintisiete porciones pequeñas cada una dentro de una bolsita plástica y con las que se pueden fabricar 44 cigarros, aunado a esto, el procesado no hizo uso del derecho a rendir su declaración indagatoria, sino que fue por medio de la última palabra que expresa que esa droga era para su consumo, tesis que no fue apoyada por la defensa técnica, ya que de acuerdo al acta de audiencia de vista pública, los alegatos iniciales y finales versaron en que dada la cantidad incautada de droga no se lesionaba el bien jurídico de la salud pública y en exponer supuestas contradicciones en el dicho de los testigos, pero sin mencionar que la droga era para el consumo; por tanto, es factible considerar dada la actitud presentada por el señor [...], el hallazgo de la droga, la forma en que se portaba (fraccionada) y la cantidad de cigarrillos que se podían confeccionar y que el argumento del encausado no tiene respaldo, ya que no se estableció que fuera drogodependiente, la existencia de ese ánimo de traficar con la misma, y cuya deducción se encuentra a tenor de la jurisprudencia constitucional señalada en el recurso y marcada con la referencia 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007, ya que se han razonado varios parámetros que junto a la cantidad de la droga llevan a la única deducción que ésta tenía la comentada finalidad de tráfico requerida para el inciso segundo del Art. 34 LRARD, con lo cual se estaría lesionando el bien jurídico tutelado por la norma que es la salud pública.

Aunado a lo manifestado, esta Sala ha emitido jurisprudencia marcada con la referencia 174CAS2010, en la que se sostiene: “... el delito de Posesión y Tenencia, es uno de los que tutelan el bien jurídico de la salud pública, y que dentro de los elementos del tipo, no se exige una lesión concreta, en virtud de ser considerados como de peligro abstracto, de riesgo común, en cuanto que

la conducta a que atienden se constituye como un amenazante riesgo para la salud pública, por ende, el peligro no es un elemento del tipo penal, sino la razón o motivo que llevó a incriminar dicha acción, por tanto y al ser un hecho punible formal o de mera actividad, no necesita la demostración de que se produjo efectivamente la situación de peligro, dado que, éste se presume, y ello en razón de que los legisladores fijaron la necesidad de penalizar estos hechos, por la obligación que tiene el Estado en asegurar a los habitantes de la República el goce de la salud. ...”. (sic).

Sin perjuicio de lo anterior, el delito en referencia, en sus modalidades es punible en aquellos casos en que se haya considerado incluso de forma indiciaria, que la persona que ostenta la droga aun en una escasa cantidad, la tiene para suministrarla a terceros y no para su consumo, lo cual es un elemento más que debió ser considerado por el tribunal de alzada al momento de fallar.

En consecuencia y siendo que se ha determinado la existencia de un error en la adecuación de los hechos a los presupuestos del delito de Posesión y Tenencia, Art. 34 Inc. 2° Pr. Pn., es pertinente anular la sentencia y mantener con base en los argumentos antes dichos, la calificación jurídica asignada por el tribunal de primera instancia junto con el análisis jurídico que consta en sus fundamentos, razón por la cual quedará válida la sentencia del Tribunal de Sentencia de Usulután pronunciada el día [...].”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 486C2017, fecha de la resolución: 28/06/2018*

SÓLO SERÁ PUNIBLE AL ESTABLECER CON PRUEBA DIRECTA O INDICIOS QUE EL IMPUTADO TIENE LA INTENCIÓN DE TRANSMITIR LA DROGA A TERCEROS

“La impetrante expresó como motivos de casación: primero, la inobservancia del Art. 34 Inc. 2° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; y, segundo, la Infracción a las reglas de la sana crítica con respecto a los medios o elementos probatorios de carácter decisivo, con específica incidencia en la falta de aplicación de la citada norma sustantiva.

En sus argumentos señala que la Cámara al resolver sobre el recurso de apelación presentado como consecuencia del sobreseimiento definitivo pronunciado por el Juzgado Segundo de Instrucción de Usulután, retomó los mismos argumentos de la jueza instructora, al considerar que la conducta realizada por el imputado es de carácter autorreferente y, por tanto, atípica, al no poner en peligro la Salud Pública. Por lo anterior, y en vista que ambos motivos convergen en la inobservancia indirecta del Art. 34 Inc. 2° LRARD, los mismos se resolverán conjuntamente como un solo vicio.

Así, respecto del anterior reclamo, la Cámara expresó: [...]

En anteriores resoluciones, esta Sala ha dicho que la finalidad de tráfico debe concurrir en cualquiera de las modalidades descritas en el Art. 34 de la LRARD como delito de Posesión y Tenencia; y que este elemento subjetivo, no siempre se desprenderá de las mismas condiciones objetivas en todos los casos, sino variarán según cada hecho en particular. También ha dicho, que el delito de Posesión y Tenencia sólo será punible en aquellas ocasiones en que

se haya probado -sea mediante prueba directa o indiciaria- que la persona que ostenta la sustancia prohibida, aunque sea en escasa cantidad (menores a dos gramos, o más, pero insignificante a juicio discrecional del juzgador), la tiene para transmitirla a terceros y no para autoconsumo. (Véase un caso análogo al presente en la sentencia de Ref. 207C2015 de fecha dieciocho de noviembre de dos mil quince).

Ahora bien, en cuanto a la necesidad de que se demuestre la finalidad o destino de la sustancia nociva conviene enfatizar en que, por tratarse de un elemento subjetivo configurativo del tipo penal de Posesión y Tenencia, es una obligación ineludible para la parte acusadora demostrarlo, pues de no probarse directa o indirectamente que la droga se poseía con fines distintos del autoconsumo, el simple comportamiento de poseer una exigua cantidad carecería de relevancia jurídico penal, porque no representaría un peligro para la salud ajena y, por consiguiente, sería innecesaria e injustificada la intervención del poder penal del Estado. De tal manera, que si en el comportamiento falta el resultado dañino para la Salud Pública, existe una conducta formalmente típica porque aparece descrita en la norma penal, pero su resultado será irrelevante para el Derecho Penal por falta de lesividad del bien jurídico, principio regulado en el Art. 3 Pn.

Lo anterior, porque el referido principio prohíbe imponer pena o medida de seguridad si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal; y, por otra parte, el principio de responsabilidad penal garantiza que nadie será sancionado si su acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa, prohibiendo toda forma de responsabilidad objetiva; es decir, sin tomar en cuenta la dirección de su voluntad, sino únicamente el resultado material al que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto activo, Art. 4 Pn.

De tal manera que, uniendo estos dos principios y aplicándolos al caso concreto tenemos que, no lleva razón la Fiscal [...], ya que del cuadro fáctico acusado y de los elementos de convicción que le dan soporte a ésta, se extrae que la acción atribuida al acusado se limitó a encontrarse en un sitio público en compañía de otro sujeto a eso de las [...], cuando elementos policiales realizaban un patrullaje preventivo, observaron al imputado con apariencia sospechosa, quien al notar la presencia policial se puso nervioso, e intentó retirarse del lugar pero fue intervenido, al que se le efectúa una requisa, encontrándose dentro de la bolsa izquierda delantera del pantalón que vestía, la cantidad de dieciséis porciones pequeñas de material vegetal de marihuana con un valor comercial de doce dólares con cincuenta y cuatro centavos, (\$12.54).

Visto lo anterior, no existe duda de que -en términos literales- la acción descrita en el Art. 34 inciso 2° de la LRARD coincide con el comportamiento del imputado; no obstante, tal y como lo esboza la Cámara al confirmar el sobreseimiento pronunciado por el Juez Segundo de Instrucción de Usulután, el principio de lesividad del Art. 3 Pn., constituye el fundamento axiológico y el límite fundamental en la estructuración constitucional del delito, de tal manera que, las conductas prohibidas por el legislador, por cuya infracción se determina una sanción, encuentran justificación únicamente cuando van dirigidas a impedir

ataques que lesionan o ponen en peligro, concreta o abstractamente, bienes fundamentales de tipo individual o social, por lo que, el Derecho Penal debe tener por objeto regular solamente las acciones de una persona en la medida en que éstas incidan negativamente en la órbita de acción de otra persona u otras personas; es así que, al hablar de Salud Pública como bien jurídico protegido en los delitos de drogas, vemos que la norma va dirigida a salvaguardar las condiciones mínimas de salud de los habitantes desde una óptica general y, por ende, sólo cuando se trata de la salud de terceras personas resulta oportuna y justificada la intervención estatal, quedando descartados aquellos comportamientos que menoscaben la propia integridad física del sujeto activo (conducta autorreferente).

Por otra parte, también puede afirmarse que en atención al principio de responsabilidad regulado en el Art. 4 Pn., queda prohibida toda condena por comportamientos que sólo aparecen descritos en la norma penal sin haberse apreciado la dirección de la voluntad del sujeto activo, es decir, sin tomar en cuenta los elementos subjetivos del tipo penal (dolo, finalidad o intencionalidad); y, siendo que en el caso en estudio, se ha determinado que no existen pruebas o indicios que lleven a concluir que la conducta atribuida al imputado fue realizada con la intención de transmitir los 11.0 gramos de marihuana a terceras personas; y si bien es cierto -como se sostiene en el proveído de primera instancia y se confirma en la alzada- en el caso de autos no se ha demostrado procesalmente que el incoado fuera consumidor de Marihuana, ni que dicha sustancia la tenía para su consumo personal, pero no obstante ello, el extremo alegado por la representación fiscal de que el imputado tenía la intención de trasladar la Marihuana a terceros, constituye una circunstancia que no se ha logrado establecer, ya que no se han ofrecido elementos de convicción que conduzcan a inferir el ánimo o intención de traslado a terceros.

El anterior criterio aplicado por la alzada no es novedoso, ya que en la casación *supra* citada se sostuvo: *“Lo que se concluye es así, aun cuando no se acreditó que (...) fuera un consumidor de marihuana, ni que los 18.2 gramos que tenía en su poder fueran para su consumo personal, en tanto esta circunstancia (...) no es un elemento configurativo del tipo penal, como sí lo es el ánimo o intención de traslado a terceros, siendo esto precisamente lo que no estableció el ente acusador, no obstante su obligación de aportar indicios suficientes reveladores del ánimo de tráfico o, al menos, que lleven a descartar de que se trata de un consumidor final de droga (...) de manera que se vea latente la puesta en peligro la salud de terceras personas...”* (Sic.).

Por tanto, a criterio de esta Sala, es válida la inferencia de que por la cantidad de droga que poseía al momento de su captura el acusado, no se ve latente la puesta en peligro de la salud de terceras personas, razón por la cual, esta Sala no encuentra oportuna, ni justificada la intervención estatal en este caso; y, en consecuencia, concluye que no existe la inobservancia del art. 34 Inc. 2° LRARD, alegada por la fiscal recurrente.

En definitiva, habiéndose determinado la validez del juicio realizado por la Cámara, no es procedente acceder a las pretensiones de la fiscal, de anular la resolución que confirma el sobreseimiento definitivo dictado por el Juez Segundo

de Instrucción de Usulután, en favor del imputado [...] por encontrarse fundamentado en razones válidas y ajustadas a derecho.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 412C2017, fecha de la resolución: 15/05/2018*

## PRUEBA INDICIARIA

### CONDICIONES DE VALIDEZ

“En aras de responder al recurrente, sin pretender hacer una exhaustiva disertación jurídica, es necesario formular unas breves consideraciones sobre el principio lógico de razón suficiente, las máximas de la experiencia y sobre la prueba indiciaria; posterior a ello, se analizará la prueba pertinente, y así determinar la racionalidad de la conclusión bajo la que se confirmó la sentencia condenatoria. En ese sentido, se acota:

**UNO.** Sin mayores disquisiciones de carácter doctrinario, la sana crítica, como sistema de valoración de la prueba, consistente en aplicar a dicha actividad intelectual el razonamiento común, cimentando sus decisiones en razones lógicas, científicas, técnicas y de experiencia. Al hablar de lógica, se alude a las leyes del pensamiento, que se presentan a nuestro raciocinio como leyes *a priori*, que son necesarias, evidentes e indiscutibles, es decir, el razonamiento que el juzgador debe emplear constituido p leyes fundamentales de la coherencia y derivación, aunado a los principios lógicos e identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente.

En virtud de la regla de derivación, cada uno de los elementos del pensamiento que se encuentran relacionados entre sí, proviene el uno del otro. De esa regla deviene el principio lógico de razón suficiente, en virtud del cual, todo juicio, razonamiento o conclusión deben estar cimentados en una razón o motivo que la justifique. Por su parte, las máximas de la experiencia corresponden a dos planos: el saber científico o artístico especializado, y la aplicación de inferencias inductivas o abductivas, a las que se ha arribado a partir de la observación de la casuística y que permiten construir una regla presumiblemente aplicable a otros casos de la misma especie. Couture alude a su naturaleza como inferencias al definir las como “*normas de valor general, independientes del caso específico, pero que extraídas de cuanto ocurre generalmente en múltiples casos, pueden aplicarse en todos los otros casos de la misma especie*” (COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a edición, editorial Depalma, Buenos Aires, 1993, Pág. 229-230).

**DOS.** Del desfile probatorio suscitado durante la vista pública, utilizado por el Tribunal de Sentencia, para condenar al imputado y por la Cámara, para confirmar tal condena, tienen especial pertinencia, la declaración de clave MATÍAS y la autopsia; de cuyo contenido, e obtienen los siguientes datos: [...]

**TRES.** En el caso de estudio, el tribunal de sentencia construyó la conclusión d culpabilidad y la cámara de segunda instancia, la confirmó mediante prueba indiciaria, atendiendo al hecho que el testigo clave Matías no presenció direc-

tamente el homicidio, sino circunstancias colaterales a tal evento. En relación a la participación del imputado -tema objeto de debate en segunda instancia- se puede advertir que clave Matías, sólo dijo que vió salir de la casa de la víctima al imputado [...] -quien llevaba un corvo en su mano derecha- y seis sujetos más, relacionando sus características físicas y alias, no indicando el actuar de cada uno de ellos, ya que del contexto en que se suscitaron los hechos, se logra denotar que, no existe un testigo de historia completa, sino más bien un testigo temático, que alude haber visto determinados acontecimientos.

Atendiendo a ese contexto, es necesario verificar, si de forma indirecta o periférica se puede inferir sobre la autoría de la muerte de la víctima; siendo este ámbito donde tiene relevancia la prueba indiciaria, por presunciones o circunstancial, que es aquella que sirve para probar un hecho, *“de probanza dificultosa por Inexistencia de prueba o por no ser convincente, mediante la prueba de otro u otros hechos conectados lógicamente con aquél, según criterios de experiencia, y no contradichos por otras pruebas, de manera que la prueba de este o estos hechos implica la prueba de aquel otro hecho.”* (CLIMENT DURÁN, CARLOS: “LA PRUEBA PENAL”, Tomo I, 2 edición, tirant lo blanch, 2005, Valencia, pág. 868.)

La prueba indiciaria requiere las siguientes condiciones: 1) Pluralidad de indicios, 2) que esos indicios estén probados, 3) que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar; 4) interrelación y, 5) racionalidad de la inferencia.”

#### ADECUADA APLICACIÓN DE LA MÁXIMA DE LA EXPERIENCIA EN LA VALORACIÓN Y CORROBORACIONES PERIFÉRICAS OBJETIVAS

“3.1. Al aplicar las anteriores consideraciones al caso bajo estudio, se tienen como indicios o hechos base, los siguientes elementos probatorios: a) Una persona escuchó unos gritos de dolor y que golpeaban en una cama; b) momentos después, unos sujetos salieron corriendo de la casa de [...], entre los que se encontraba el imputado [...] quien llevaba un corvo en la mano derecha; c) [...] apareció muerto, un día después de haber visto a los sujetos salir de su casa; d) mediante la voz pública, supo que lo habían asesinado con un corvo; e) el señor [...] había tenido problemas con [...], hacía como dos años y él había jurado que no descansaría hasta matarlo, lo cual supo por medio de la voz pública; f) el testigo participó en diligencias de reconocimientos en rueda de fotografías y de personas, en ambas reconoció a los siete imputados; g) en el tanatocronológico, se determinó que la víctima tenía entre 20-24 horas de fallecido; h) en el examen externo, se determinó que el cadáver presentaba once heridas de bordes regulares y lisos, producidos con arma contuso-cortante, las que le provocaron la muerte al señor [...].

3.2. Los anteriores hechos base están acreditados con la declaración de clave Matías, la autopsia en el cadáver del occiso y el reconocimiento en rueda de personas del imputado. Tales indicios, puede verificarse que son periféricos, no constituyendo en sí mismos la imputación.

3.3. Sobre la base de lo anterior, se debe establecer cuál es la relación que existe entre los anteriores indicios (hechos base) y el hecho presunto a inferir

(imputación); para ello, se debe acudir a las máximas de la experiencia común, es decir, a pautas de comportamiento que se repiten con cierto grado de frecuencia en una sociedad; en ese sentido, se obtiene:

Respecto de los indicios que, el testigo escuchó gritos de dolor y como que golpeaban en una cama, y que vió salir al imputado de la vivienda de la víctima, con un corvo en su mano derecha, junto a otros seis sujetos, quienes salían corriendo de la casa de la víctima, y que al día siguiente encontraron el cadáver de la víctima; son indicios de oportunidad, que inicialmente pueden dar principios de prueba de la vinculación del procesado al hecho; indicios que por sí solos, no son graves e inequívocos, porque pueden llevar a realizar una serie de especulaciones, como que, pudo ser otra la razón por la que los imputados iban corriendo.

Sin embargo, si tales indicios de oportunidad se analizan conjuntamente con el resto de indicios, como el hecho que el imputado [...] llevaba un corvo, que el cadáver de la víctima presentaba once heridas de bordes regulares y lisos, producidos con arma contuso-cortante, las que le provocaron la muerte; permiten reforzar la vinculación del procesado al hecho, ya que los traumas que presentaba la víctima, coinciden con los que puede provocar el objeto contuso-cortante, como el que portaba el acusado, y atendiendo al principio criminalístico de correspondencia de características la acción dinámica de los agentes vulnerantes sobre determinados cuerpos dejan impresas sus características reproduciendo la figura de su cara que impacta, de ahí que al utilizar un arma contuso-cortante (corvo) para golpear a una persona, en el cuerpo de ésta deben quedar impregnadas señales de trauma físico que lo evidencien, tal y como ha ocurrido en el presente caso. Aunado a ello, no existen indicios que permitan inferir la existencia de más de dos corvos.

3.4. El casacionista, pretende restar crédito a la inferencia mediante la que la Cámara confirmó la sentencia condenatoria, bajo el argumento que, riñe con las máximas de la experiencia, el hecho que los sujetos hayan dejado vivo al testigo que los alumbró, al percatarse los sujetos que habían sido vistos saliendo del lugar del crimen; y, que no es posible que haya tenido visibilidad el testigo por la oscuridad de la noche; sobre tales aspectos, es importante acotar que, el recurrente no aporta información de carácter científico, ni inferencias inductivas o abductivas -obtenidas de la casuística-, que permitan construir la máxima de la experiencia propuesta. En ese sentido, lo afirmado por el impugnante, constituye una especulación sin fundamento alguno.

Al margen de lo anterior, son circunstancias que, el propio testigo da por sentadas, y que por sí solas no pueden mermar su credibilidad, porque su versión no fue inverosímil, dando explicaciones del por qué, pese a la oscuridad del lugar, pudo ver al imputado y los otros sujetos, pues tenía una lámpara de largo alcance (8 metros), y que pese a no haber visto el hecho, los datos colaterales aportados, tienen corroboraciones periféricas objetivas, para el caso: Dijo que el imputado portaba un corvo, objeto capaz de provocar las heridas que causaron la muerte de la víctima (según autopsia); desde la hora en que aproximadamente el testigo escuchó los gritos de la víctima, a la hora en que se realizó la autopsia, habían transcurrido casi veintiún horas, lo que oscila en el lapso establecido en el tanatocronodiagnóstico; además, reconoció en rueda de personas al imputado.

En consecuencia, pese a no existir prueba directa del hecho principal, existe prueba indirecta del mismo, que recae sobre eventos colaterales, los que analizados de forma concatenada, como lo ha hecho la Cámara, permiten inferir razonablemente que, el imputado [...], fue el autor de la muerte del señor [...]. Por consiguiente, se descarta el motivo de casación planteado.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 368C2017, fecha de la resolución: 08/02/2018*

## QUERELLANTE

FORMALIDADES EN EL NOMBRAMIENTO DE DEFENSORES Y REPRESENTANTES LEGALES EN EL PROCESO PENAL NO TIENEN LA MISMA RIGIDEZ QUE EN MATERIA CIVIL

**“UNO.** En el denominado primer motivo de casación, el recurrente denuncia que la sentencia impugnada es violatoria del principio de legalidad, específicamente, que atenta contra el debido proceso y que lesiona el derecho de defensa. Los preceptos que considera infringidos son los artículos 2 Inc. 1, 11 y 12 Inc. 1 de la Constitución de la República; 107 Inc. 1, 109, 110 del Código Procesal Penal; y 1923 del Código Civil. Con ello, estima el libelista que concurre la causal prevista en el art. 478 N° 1 CPP. [...]

**CUATRO.** Al revisar los fundamentos jurídicos de la decisión de la Cámara de lo Penal de la Cuarta Sección de Centro, en relación al reparo que expone el recurrente, se observa que dicho tribunal se pronunció en el sentido siguiente: [...]

**SEIS.** De tal manera, se observa que la Cámara lleva razón en sus consideraciones jurídicas en las que desvirtúa la alegada nulidad por falta de legitimación procesal del representante de la querella. Por cuanto, la víctima, en este caso la Sociedad [...] S.A. de C.V., intervino en el presente proceso penal a través de su apoderado especial, el abogado [...], según poder que corre agregado a [...] de carpeta judicial. El art. 272 del Código de Comercio establece que: “Los administradores y los gerentes podrán, dentro de sus respectivas facultades, conferir poderes en nombre de la sociedad, sin perjuicio de lo que el pacto social disponga al respecto (...) El ejercicio del mandato judicial no requiere inscripción previa en el Registro de Comercio, salvo para trámites ante esa oficina”. Por otra parte el art.107 CPP., señala que “en los delitos de acción pública, la víctima por medio de su representante, podrá intervenir en el proceso, con todos los derechos y facultades previstos en la Constitución de la República, en este Código y demás leyes...”. Y el art. 114 Inc. 3 y 4 CPP determina que “luego de la audiencia preliminar, la participación del querellante será definitiva y ya no podrá ser objetada. (...) Los vicios formales podrán ser corregidos hasta la finalización de la audiencia preliminar”. Efectivamente, en audiencia de vista pública se acreditó la personería jurídica de la nueva Administradora Única Propietaria de la Sociedad víctima no así del apoderado judicial, debido a que el mandato otorgado inicialmente no se iba a modificar, por no ser pretensión de la representación legal de la víctima su sustitución. En ese sentido, se mantenía la vigencia del poder espe-

cial otorgado en los albores del proceso penal. Si la defensa tenía algún reparo sobre la participación de la querella, ésta podía plantearse hasta la audiencia preliminar, puesto que después de esta etapa ya no puede ser objetada.

**SIETE.** De manera que, el recurrente está invocando el incumplimiento de una regla de garantía prevista para la víctima, la de la potestad de intervenir en el proceso penal a través de la figura de la querella, pero interpretada en perjuicio de la misma víctima, contrario a lo establecido en el art. 14 CPP. Su postulación lleva intrínseca una exigencia de forma, consistente en la obligación de renovar el poder especial a quien se le ha encomendado la querella, en caso de sustitución del representante legal de la persona jurídica que tiene el carácter de víctima. Sin embargo, en el proceso penal, por su misma naturaleza, las formalidades en el nombramiento de defensores y representantes legales no tienen la misma rigidez que en materia civil. Ejemplo de ello se refleja en la letra del art. 96 CPP. “el nombramiento de defensor hecho por el imputado no estará sujeto a formalidades”. Por principio de igualdad, dicha exención de formalismos debe obrar en el mismo sentido para la representación de la víctima. En el caso que se analiza, el impugnante está sugiriendo una exigencia a la representación de la víctima que no tiene previsión legal dentro del marco regulatorio de la querella penal. Además, no se percibe el agravio que ocasiona en el imputado y en su derecho de defensa la participación del abogado querellante, en relación a la acusación y la condena que pesa en su contra, pues, aún cuando se suprimiera hipotéticamente la participación de la parte querellante, por ser un delito de acción pública, persiste la acción penal ejercida simultáneamente por la Fiscalía General de la República.

**OCHO.** En relación al resto de defectos señalados en el primer motivo como “errónea aplicación de preceptos legales”, específicamente de los arts. 2 Inc. 1, 11 y 12 Cn, no se encontraron en el libelo impugnatorio argumentos tendientes a demostrar la concurrencia de tales vicios en la sentencia de segunda instancia. Por lo que, se considera innecesario pronunciarse al respecto. Por tales razones y las que se expusieron en los párrafos precedentes, se declara sin lugar el primer motivo de casación propuesto.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 467C2017, fecha de la resolución: 04/05/2018*

## RECONOCIMIENTO POR FOTOGRAFÍA

INDICIO CON EL CUAL SE LOGRA INDIVIDUALIZACIÓN DE PERSONA A QUIÉN SE LE IMPUTA COMISIÓN DE UN HECHO

“Respecto a los motivos denominados en el recurso como cuatro y cinco, relativos a la errónea aplicación del Art. 279 Pr. Pn. y la infracción a las reglas de la sana crítica respecto a medios o elementos de valor decisivos, si bien es cierto han sido denominados de manera distinta, de la fundamentación de éstos se obtiene que su justificación atiende al mismo reclamo, ya que ambos aluden a una falta de identificación de la persona que ostenta la calidad de imputado y

la suficiencia del reconocimiento de personas; por consiguiente, su estudio se abordará de forma conjunta.

Es así, que se extrae del recurso, los juicios de valor que en lo pertinente, refieren: "... ERRÓNEA APLICACIÓN DEL Art. 279 Pr. Pn. ya que la identidad física y nominal de mi defendido fue establecida por medio de un reconocimiento en rueda de fotografías que fue realizado como diligencia de investigación inicial, documento que fue utilizado como prueba en el juicio ilegalmente la identidad física y nominal fue establecida por un acto de investigación que se introdujo erradamente al plenario ... la generalidad de actas e informes que contiene el atestado policial -conforme lo señala el Inc. 2º del art. 276 C. Pr. Pn.- carecen de relevancia probatoria a efectos de desvirtuar la garantía constitucional de la presunción de inocencia ... las actividades puras de investigación al no haber sido realizadas conforme a los parámetros antes relacionados no pueden constituir elementos de prueba sujetos a valoración judicial ..." (sic) (la cursiva es de esta Sala).

Además, consta: "... errónea aplicación a las reglas de la sana crítica con respecto a la individualización que se tiene por acreditada de mi defendido, ya que la sentencia es contradictoria al establecer... que mi representado está identificado, pero en líneas posteriores la resolución expresa que fiscalía "en casos como el presente debe realizar un reconocimiento de personas o en su caso por fotografías en sede judicial" los cuales no se hicieron..." (sic).

Ante las denuncias expuestas, debe retomarse, que 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, ello con base a lo establecido por la doctrina mayoritaria como la establecida en el libro "Derecho Procesal Penal", del autor Carlos Creus, que dice: "... El paso indispensable para determinar la calidad de imputado en el proceso es, por consiguiente, el de su identificación, de modo que la persona indicada como tal sea realmente aquella contra la cual se están dirigiendo efectivamente los actos del procedimiento. ... Dicha identificación se lleva a cabo mediante la corroboración de los datos. ... Pero si esos datos resultasen falsos o aquella se hubiese negado a proporcionarlos, se puede acudir a otros procedimientos (reconocimiento por testigos, exhibición de fotografías), con lo cual bastará con la identificación física para que el proceso pueda ser continuado en contra de ella, pese a la disparidad que puede existir entre los datos proporcionados y las verdaderas circunstancias personales o la ignorancia o la ausencia de aquellos datos. ..." (sic).

Consecuentemente, para el proceso penal resulta relevante conocer de manera exacta la persona contra quien se dirige la imputación, más allá de sus generales, para ello la ley prevé que será mediante cualquier tipo de prueba que podrá acreditarse tal circunstancia, esto con base a los Arts. 177 y 176 Pr. Pn.; sin embargo, resulta la forma más idónea el reconocimiento de personas o por fotografías."

#### ACTO INICIAL DE INVESTIGACIÓN VÁLIDO COMO PRUEBA, CUANDO ÉSTE ES CONFIRMADO POR OTROS MEDIOS PROBATORIOS

"Sobre la validez del reconocimiento por fotografías, esta Sala ha emitido jurisprudencia como la marcada bajo la referencia 172C2014, de fecha seis de

febrero del año dos mil quince, en la que refiere: "... los reconocimientos en rueda de fotografías, éstos se constituyen como un procedimiento investigativo válido, para la individualización de una persona como autor de un delito, pero requiere a efecto de ser inmediado en juicio como prueba documental con carácter indiciario, la necesaria confirmación en la vista pública del testigo que lo llevó a cabo ..." (sic).

En ese orden de ideas, el reconocimiento de fotografías se constituye como un acto de investigación totalmente válido para ser considerado como un indicio en cuanto a la participación de la persona señalada como imputado en un determinado hecho, y constituye un procedimiento legítimo, el que deberá ser ponderado como ya se indicó como un indicio una vez que haya sido ratificado por el testigo, ya que de forma independiente, no alcanza la suficiencia del medio probatorio consistente en el reconocimiento en rueda de personas, situación por la cual, es preciso recordar, que dicha diligencia para que adquiera eficacia plena tiene que verificarse desde un inicio en calidad de anticipo de prueba en la correspondiente Sede judicial.

Atendiendo a lo expuesto, la Cámara en relación al comentado reconocimiento expresó: "... este tribunal comparte parcialmente lo expuesto por el referido impetrante, en el sentido que el aludido reconocimiento realizado en sede administrativa no puede ser valorado como prueba en el juicio, porque la prueba en estricto sentido solo es aquella que se produce en el juicio con todos los ritos legales ... respecto al reconocimiento por medio de fotografía en sede policial o fiscal, casi siempre es previa a la detención del posible autor del hecho que se está investigando. La policía lo utiliza como un medio de investigación que puede orientar a las pesquisas y dirigirse contra una determinada persona como sospechosa de haber cometido el hecho delictivo que se investiga..." (sic) (la cursiva es de esta Sala).

Además, se dice: "... en el presente caso aparecen otros elementos probatorios a tener en cuenta al momento de valorar la prueba en su conjunto y de manera integral conforme al sistema de valoración de la sana crítica racional, como son el hecho que la misma menor en su declaración en cámara Gesell identifica a su agresor con el nombre de S y lo señala en su cargo como la persona que desempeñaba labores de limpieza en el Centro Escolar... lo que significa que es una persona a quien la menor víctima veía constantemente y por supuesto, sin duda lo conocía ... los testigos N\*\*\*\*\*, M\*\*\*\*\* y D\*\*\*\*\*, si bien es cierto, ninguno de ellos es presencial de los hechos investigados, no obstante lo ubican como una persona que labora en la referida institución escolar ..." (sic) (la cursiva es de este Tribunal).

De los argumentos expuestos por el tribunal de segunda instancia, se determina que va en la misma línea jurisprudencial de esta Sala, en el sentido de reconocer la validez del reconocimiento por fotografías, siempre y cuando éste sea susceptible de ser confirmado por otros medios probatorios inmediados en el juicio, en el presente caso, se describe que existió un reconocimiento positivo, realizado por la víctima mediante el cual señaló al imputado como el autor de los hechos delictivos cometidos en su contra, a su vez de su declaración se dan las señas pertinentes como el nombre de la persona, rasgos físicos y la función

que desempeña en el centro educativo, lugar donde ocurrió el delito, prueba que fue corroborada por las deposiciones de los testigos N\*\*\*\*\*, M\*\*\*\*\* y D\*\*\*\*\*, quienes confirman que el procesado era la persona que laboraba en la institución escolar.

En consonancia a lo manifestado, el reconocimiento por fotografía realizado en sede policial y ofertado en calidad de prueba en la audiencia preliminar, una vez admitido, el tribunal sentenciador tenía la obligación de producirlo en juicio y por tanto asignarle el valor que considerara pertinente, esto sin dejar de lado que la parte procesal que se sintió afectada pudo en la etapa instructora del proceso haber ejercido su derecho de oponerse a la admisión de la prueba, y de igual forma, en la vista pública pedir su ponderación de forma negativa, no obstante esto, el comentado reconocimiento ingresó como un indicio, que fue concatenado con otros medios de prueba arriba relacionados, con lo que se logró su confirmación y se obtuvo una debida individualización, ya que quedó claro que la persona quien la menor víctima señala con el nombre de “S” y que es el encargado de limpiar los baños corresponde con el procesado y fue su agresor sexual.

En virtud de lo anterior, no se configura una errónea aplicación del Art. 279 Pr. Pn., ya que tal y como se expresó la misma resulta ser conteste con las declaraciones de la víctima y los testigos N\*\*\*\*\*, M\*\*\*\*\*y D\*\*\*\*\*, así también, no se rompe ninguna de las leyes de la lógica por parte de la Cámara al considerar como válido el citado reconocimiento, ya que ha sido tomado como un indicio que es corroborado por las apuntadas probanzas, y por consiguiente, le dan la suficiencia necesaria para ser contemplado como un mecanismo para la individualización del señor SSFF.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 148C2018, fecha de la resolución: 31/10/2018*

## RECURSO DE APELACIÓN

### CONSIDERACIONES RELACIONADAS CON LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

“El primer motivo de casación se refiere a la inobservancia de los Arts. 469 y 470 Pr. Pn., por haberse declarado indebidamente la inadmisibilidad de los motivos tercero, quinto y sexto de la apelación interpuesta por el ahora recurrente.

Esta Sala considera que dicho motivo debe estimarse por las razones que a continuación se exponen:

Este tribunal considera necesario mencionar inicialmente, respecto al derecho primario de acceso a la jurisdicción o la justicia, que 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, en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Esto supone no sólo 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 la finalidad de constituir la responsabilidad, si la hubiere, así como en el caso de los medios impugnativos, 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.

Al ubicarnos, específicamente en el recurso de apelación contra la sentencia definitiva, los Arts. 468 y siguientes del Código Procesal Penal, disponen los límites objetivos, vinculados a las decisiones que puedan ser impugnables; los subjetivos, comunes a todos los recursos, respecto de la legitimación, la necesidad de agravio e interés y, finalmente, también a los que se refieren a su naturaleza teórica. Al detenernos en la última exigencia, es decir, el de la estructura que cumplirá este memorial; los Arts. 400, 469 y 470 del Código Procesal Penal, señalan que la apelación presentará de manera clara y concreta, la equivocación en que incurrió el tribunal de primera instancia al proferir su resolución y cuya existencia se considera que afectó decisivamente el fallo impugnado.

La denominación del yerro, que se conoce doctrinariamente como *nomen iuris*, es decir, si se trata de una inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva o procesal, deberá estar acompañada necesariamente de aquella argumentación o reflexión que permita al tribunal superior, conocer sobre la supuesta falla; es decir, la incorrecta intelección al sentido del precepto discutido o su falta de aplicación y 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 corresponde 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 reprime al superior conocer sobre el fondo del asunto.”

#### GRAVE RIESGO EN EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN LOS RAZONAMIENTOS PARA INADMITIR EL RECURSO AL ASENTARSE EN MEROS EXCESOS FORMALISTAS

“En el caso de autos se advierte, que en los argumentos del primer motivo de casación, el recurrente señala que la Cámara en su fallo declaró inadmisibles los motivos tercero, quinto y sexto de apelación; consistentes, el primero, en la inobservancia a las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo, ya que el tribunal sentenciador, en su respectivo análisis, le dio credibilidad a la declaración de la señora [...] a pesar que ella mintió sobre los hechos, y esto lo apoya con el reconocimiento de lesiones practicado por el doctor [...], en el sentido que jamás habló de tatuajes de pólvora, eso quiere decir que la víctima recibió los impactos de bala a larga distancia; que dicha hipótesis se enlazaba con la ubicación de los proyectiles, así como lo describe el álbum fotográfico y croquis de inspección técnica ocular, en la que se visualizó las diferentes distancias en donde quedaron los casquillos de bala. En suma, puede decirse que este motivo de apelación se refiere a que la declaración de la víctima no es concordante con las demás pruebas pericial y documental agregadas al proceso.

Como quinto motivo de alzada, el impetrante manifestó, por una parte, que la sentencia condenatoria que se ha impuesto debe ser reformada con respecto a la calificación del delito de Homicidio Agravado Tentado a Homicidio Simple en Grado de Tentativa, de conformidad al Art. 128 en relación con el Art. 24, ambos del Código Penal; y por otra, expresó que debió excluirse el análisis balístico de las evidencias encontradas, ya que era necesario contar con el perito que lo practicó, dado que era importante su autenticación por éste, de conformidad al Art. 249 Pr. Pn., y ser discutido en el respectivo interrogatorio, Art. 212 Pr. Pn.

Respecto a este último punto, esta Sala advierte que dicho argumento sí fue abordado por la Cámara como el literal B) del primer motivo de apelación. Por ello, deberá excluirse del análisis de casación por falta de agravio.

Y por último, se alegó como sexto motivo de apelación, la errónea aplicación del Art. 68 Pn., ya que el juez debió imponerle la sanción en correspondencia a las reglas de penalidad de la tentativa, no valorando el juzgador dicha circunstancia, pues, al haber aplicado la pena mínima, hubiera sido de diez años de prisión y no de quince como erróneamente lo hizo.

Así expresados cada uno de los tres motivos, estima la Sala que los agravios de apelación están claramente delimitados, por lo que los mismos debieron ser objeto de control por el tribunal de segunda instancia a través del correspondiente examen de fondo.

Sin embargo, la resolución que justifica la inadmisión de los motivos del recurso de apelación, expresa lo siguiente: [...]

De lo anterior, esta Sala advierte que los razonamientos tenidos en cuenta por la Cámara para inadmitir los motivos de apelación, han colocado en grave riesgo el derecho de acceso a la justicia, pues, las conclusiones elaboradas por el tribunal de alzada, para aplicar la sanción de inadmisibilidad a estas causales, son incorrectas, ya que además de asentarse en meros excesos formalistas, es claro, que debe existir una apertura en la apelación, en tanto que no constituye un remedio en estricto rigorista, que impida el acceso a la justicia; desde esa perspectiva, no resultan válidas, admisibles, ni mucho menos acertadas las argumentaciones de la Cámara, por las que se imposibilitó el estudio de fondo de las cuestiones discutidas en cada uno de los reclamos formulados.

Debe recordarse que si bien dentro de las facultades conferidas a las cámaras de segunda instancia, está la de calificar el recurso de apelación y determinar si han sido cumplidos los requisitos de admisibilidad, no es viable imponer criterios rigurosos y formalistas en cuanto a los requisitos que debe contener el mencionado recurso, pues, si del mismo se desprende el cumplimiento de las condiciones de interposición en sus elementos esenciales, como son la impugnabilidad objetiva y subjetiva, y el agravio o vicio que se denuncia, al rechazarlo se le estaría otorgando un sentido diferente a las formas procesales exigidas para dicho medio impugnativo, lo que 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, como en el presente caso, el derecho a recurrir consagrado en los Arts. 14.5 PIDCP y 8.2 h) CADH.

Todo lo dicho demuestra que las alegaciones formuladas por el casacionista, en torno a la inadmisión de los tres motivos de apelación, llevan razón, pues, los argumentos que justifican la decisión proveída no corresponden a un examen sobre el control del cumplimiento de las exigencias para la admisibilidad del recurso impetrado; sino que se basan en el establecimiento de requerimientos extraídos del propio criterio del *ad quem* y no de lo que se plantea en cada uno de los motivos invocados; lo cual, a criterio de este Tribunal, contraviene lo que la ley y los precedentes de casación han establecido sobre las condiciones y su interpretación para la formal procedencia del recurso de apelación.

Jurisprudencialmente, en otras resoluciones similares, se ha señalado: "... Por consiguiente en este caso, la inadmisión dictada por la Cámara obstaculiza injustificadamente el derecho a una revisión integral del fallo condenatorio de primera instancia. Procede estimar el recurso de casación...". (Véase resolución de la Sala de lo Penal, Ref. 163C2015, del día treinta y uno de julio de dos mil quince).

En consecuencia, frente al reclamo invocado, es procedente declarar con lugar la petición del licenciado [...], en el sentido que se anule la decisión mediante la cual la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, declaró inadmisibles los motivos tercero, quinto y sexto de apelación, por basarse en criterios formalistas y, por ende, faltos de motivación; debiéndose remitir el proceso a una Cámara diferente a la que conoció -debido a que el tribunal de origen al resolver otros motivos de apelación que sí fueron admitidos se ha formado un criterio sobre el objeto del proceso por lo que deberá prevalecer el interés jurídico de la imparcialidad judicial- con el objeto que agote el estudio de admisibilidad del escrito presentado, según el contenido de los Arts. 4681 469 y 470 del Código Procesal Penal y, de ser factible, sea efectuado el examen de fondo del mismo." *Sala de lo Penal, número de referencia: 213C2017, fecha de la resolución: 20/03/2018*

EXIGENCIA LEGAL DE CUMPLIR LOS REQUISITOS PARA LA ADMISIÓN NO TIENE QUE SER ENTENDIDO COMO UN OBSTÁCULO A LA GARANTÍA DEL DERECHO DE RECURRIR

"Esta Sala, producto del estudio del motivo admitido en relación a la resolución objeto de impugnación, considera que éste no se configura, con base en las razones que a continuación se detallan:

La impetrante argumenta en su escrito casacional, lo que textualmente y en lo pertinente, dice: "...ERRÓNEA APLICACIÓN DE PRECEPTO LEGAL EN RELACIÓN A LOS ARTS. 469 366 INC. 3°, 176 Y 177 PR. PN ... se resolvió declarar INADMISIBLE el recurso de apelación, porque oportunamente no se pidió la revocatoria de la segunda decisión de inadmitir a los mencionados testigos, ni se advirtió apelación; sin embargo tal resolución, a criterio de la suscrita fiscal no se encuentra contemplada dentro de las resoluciones en las cuales se puede aplicar tales recursos, por otra parte no existe disposición legal donde se sanciones con INADMISIÓN el recurso de Apelación, bajo los supuestos antes explicados. Ya que en su momento se pidió la revocatoria de la decisión de la Jueza

*Segundo de Instrucción de [...], ya que existe una disposición concreta que lo exige para pedir la audiencia de admisión de prueba ante el Juez de Sentencia que conocerá el caso. Situación que no es exigida para interponer el recurso de Apelación, es decir que a criterio del ministerio público fiscal no se debe volver a realizar, ya que se efectuó oportunamente y por lo tanto está de más volver a hacerlo ...” (sic) (la cursiva es de esta Sala).*

Sobre lo denunciado consta en la resolución de la Cámara, lo siguiente: [...]

De lo señalado por el recurrente, debe retomarse, que este Tribunal ha emitido pronunciamientos relativos al derecho al recurso, como la sentencia marcada con la referencia 6C2011, de fecha veinte de julio del año dos mil once, en la cual textualmente se dice: “...de conformidad al Art. 475 Pr. Pn., se establecen las facultades resolutorias del Tribunal de Segunda Instancia, indicándose que la apelación atribuye al tribunal, dentro de los límites de la pretensión, la facultad de examinar la resolución recurrida tanto en lo relativo a la valoración de prueba como de la aplicación del derecho, lo cual debe apreciarse en concordancia a la finalidad de la apelación contra la sentencia que regula el actual Código Procesal Penal, que es el control de los aspectos de derecho y de valoración de la prueba cuando incidan directamente en la fundamentación de la sentencia, este objetivo va en correlación al derecho a una revisión integral del fallo que se encuentra contemplada en la normativa internacional, como lo son: El Art. 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, revisión que implica el examen de los aspectos de hecho y derecho en la sentencia, es decir, el análisis de la producción y valoración de la prueba, y la aplicación o interpretación de las normas adjetivas o sustantivas, respectivamente. ...” (sic).

De los juicios de valor expresados por la Cámara, es importante indicar, que de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 475 Pr. Pn., precepto legal, que faculta a los tribunales de segunda instancia a examinar la resolución recurrida, tanto en lo relativo a la ponderación de la prueba como a la aplicación del derecho, no es viable aceptar razonamientos que rechacen el estudio de fondo de un recurso de apelación, por la aplicación de criterios rigurosos y formalistas en cuanto a los requisitos que ha de contener el mencionado medio recursivo, pues si del mismo se desprende 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 la 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, como en el presente caso, el de recurrir.

En consonancia con lo anterior, el Art. 470 Pr. Pn., desarrolla los requisitos de la interposición del recurso de apelación, siendo éstos: La presentación en el plazo de diez días después de notificada la sentencia, la cita de las disposiciones que se contemplan inobservadas o erróneamente aplicadas, y la solución que se pretende, requiriéndose que cada uno de los motivos se hagan constar de forma separada y fundamentada, esto conlleva, a que el escrito impugnativo debe ser lo suficientemente completo y claro para ilustrar a la Cámara sobre los vicios y

fundamentos de la impugnación; es decir, comprobar con las consideraciones que plantee, el agravio generado, dado que, los vicios que se alegan son los supuestos que justifican revisar la aplicación de los preceptos legales que se aducen vulnerados.

Consecuentemente ha de entenderse, que el legislador establece el cumplimiento de dichas formas para la admisión del recurso; sin embargo, las mismas no tienen que ser entendidas como un obstáculo a la garantía de la comentada revisión integral del fallo, ya que sin pretender restárseles de valor, sino por el contrario, con el mismo objetivo de que se les dé cumplimiento, en la ley procesal penal se previó la figura de la prevención en el Art. 453 Inc. 2° Pr. Pn., a efecto de poder subsanar defectos y omisiones de forma, la cual es posible, siempre y cuando se evidencie un agravio y se necesite configurado.”

PROCEDE LA INADMISIÓN CUANDO EL IMPETRANTE NO ES CLARO EN DENOMINAR EL VICIO DE LA SENTENCIA NI ESTABLECE EL MOTIVO POR EL CUAL RECORRE

“En ese orden de ideas, la Cámara advierte en los fundamentos de la inadmisión, que la impetrante no es clara en denominar un vicio de la sentencia; es decir, en establecer el motivo por el cual se recurre, resaltando que el único precepto legal invocado es el Art. 7 Pr. Pn., no obstante, el tribunal de segunda instancia retoma de sus argumentos la inconformidad que atiende a una sobrevaloración del testigo que goza del régimen de protección identificado con la clave “669”, sin embargo, expresa que tampoco de éstos se puede configurar un agravio, dado que ha sido justificado con razonamientos que no cuestionan las consideraciones respecto del análisis de la prueba que hace el tribunal sentenciador, sino que van dirigidos a proponer una ponderación probatoria distinta a la realizada; es decir, no se expresa ningún error cometido por los juzgadores al momento de ponderar dicho testimonio, de esa misma manera, la contradicción e insuficiencia que señala la peticionaria respecto a la declaración es sobre la base de requerir ciertas pruebas, ya que la víctima está interno en el Centro Penal [...], tales como; la certificación de la bitácora de sus entradas y salidas del centro penal, la certificación de bitácora de entrada y salida de los investigadores, así como la solicitud correspondiente al juez de vigilancia penitenciaria.

Aunado a lo expresado, debe retomarse que lo afirmado por la Cámara en el sentido que los Arts. 453 y 459 Pr. Pn, establecen que lo relevante para el análisis en segunda instancia será la actividad judicial presuntamente defectuosa y por tanto se requiere la materialización de un agravio para descender al estudio de fondo del recurso de apelación, se vuelve cierto, dado que, dicho requisito se constituye como una condición general y necesaria para la interposición de los recursos, ello con el objeto de determinar la existencia de la impugnabilidad subjetiva, lo que conlleva, que la exigencia de ese perjuicio o gravamen generado a la parte que presenta el escrito impugnativo no se constituye como lo afirma la peticionaria en los juicios de valor que sostienen la denuncia casacional: “... el tribunal de alzada comete el mismo error, ya que no entra a conocer el fondo del asunto y solamente se queda soslayando sobre la estructura del recurso de apelación ...” (sic), sino por el contrario da cumplimiento a lo contemplado como condiciones mínimas de interposición del recurso de apelación.

Debe resaltarse que de los razonamientos consignados en la resolución se evidencia que la Cámara hizo el esfuerzo de analizar la totalidad del texto del recurso con el fin de vislumbrar ese agravio; sin embargo, como bien se explica los argumentos impugnativos iban dirigidos a proponer otro estudio de la prueba, sin indicar un quebranto o error en la sentencia que en definitiva era la que se pretendía anular; por consiguiente, no se evidencia un actuar rigorista por parte del tribunal de segunda instancia, ya que se ha aplicado lo establecido en la ley para el estudio de admisibilidad del recurso de apelación, pues de pretenderse un estudio de fondo sin observar tales condiciones mínimas se desformalizaría dicho medio impugnativo, situación por la cual deberá mantenerse la validez de la resolución.

Lo anterior, ya ha sido afirmado por esta Sala mediante su jurisprudencia como la marcada con la referencia 302C2016, pronunciada el cuatro de julio del año dos mil diecisiete, que dice: *“... concurre la inexistencia del agravio requerido en materia de impugnación; es decir, esa afectación que provoca la resolución en el goce de los derechos o expectativas del peticionario por tener la sentencia un contenido desfavorable, situación que impide se configure el motivo objeto de análisis, ello sin perjuicio de evitar cualquier exigencias rigoristas de los recursos que obstaculizan el derecho a los mismos, pero sin desconocerse los presupuestos formales exigidos por la ley a efecto de no desformalizar esta vía impugnativa....” (sic).*”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 338C2018, fecha de la resolución: 18/12/2018*

#### INVIABLE IMPONER CRITERIOS RIGUROSOS Y FORMALISTAS, EN CUANTO A LOS REQUISITOS QUE DEBE CONTENER EL RECURSO

**“1.-** Previo al estudio del asunto propuesto, esta sede considera oportuno mencionar que para acceder al control de una sentencia que le es adversa a una determinada parte procesal, es necesario que el recurrente respete los requisitos legales instaurados en la normativa procesal, para ello el Art. 453 Pr. Pn., literalmente establece: *“...Los recursos deberán interponerse bajo pena de inadmisibilidad, en las condiciones de tiempo y forma que se determina, con indicación específica de los puntos de la decisión que son impugnados...”*.

Respecto al recurso de apelación, el Art. 470 Pr. Pn, regula los requisitos que debe contener el memorial impugnativo, mencionando que éste ha de presentarse en el plazo de los diez días contados después de notificada la resolución de primer grado; y en el contenido del mismo, se tiene que exponer concretamente el motivo, su fundamento y la solución que se pretende.

**2.-** De acuerdo al escrito casacional, el licenciado [...] se muestra conforme con el auto de alzada que resolvió inadmitir el recurso de apelación que oportunamente gestionó ante la Cámara de origen; razona en su propuesta, que con tal pronunciamiento se vulneran los Arts. 470 y 475 Inc. 1° Pr. Pn., por no haberse explicado si existían requisitos incumplidos en el recurso de apelación, pues de una vez se le rechazó como inadmisibile la alzada.

3.- Esta Sala, al revisar íntegramente el proveído que se impugna constata que la Cámara comienza su exposición explicando los requisitos que hacen viable el recurso de apelación y, de seguido, relaciona el reclamo y los argumentos propuestos por el apelante; a continuación, dispuso transcribir el fundamento de la sentencia absolutoria, para finalmente determinar que los agravios descritos en el recurso no guardaban armonía con los aspectos tratados en la sentencia impugnada y debido a ello, lo declara inadmisibile. De modo que -en principio-, es cierto lo alegado por el inconforme, ya que la Cámara no reflexionó si las exigencias previstas en la ley habían sido satisfechas o no.

Así las cosas, resta determinar si la respuesta desarrollada por los jueces de segundo grado es la legalmente adecuada para rechazar la apelación gestionada.

En ese orden, esta Sala entiende que si bien dentro de las facultades establecidas a las cámaras de segunda instancia está la de calificar el recurso de apelación y determinar si en éstos han sido cumplidos o no los requisitos de admisibilidad, conforme a las disposiciones pertinentes, no resulta viable el imponer criterios rigurosos y formalistas en cuanto a los requisitos que debe contener el mencionado recurso, toda vez que con el mismo se busca un examen integral con una amplitud tal que, sin sobrepasar las pretensiones del recurrente, provea al agraviado una nueva revisión de la instancia ante un órgano superior, cuyo fin esencial es el examen de las sentencias y los autos apelables para la consecución de una decisión jurisdiccional más racional y depurada en lo jurídico y en lo fáctico, procurando la reducción de espacios para la arbitrariedad y el error como presupuestos de la justicia del caso concreto, así como el respeto a las garantías del debido proceso.”

PROCEDE ANULAR LA INADMISIBILIDAD IMPUGNADA, YA QUE LOS ARGUMENTOS QUE LO JUSTIFICAN NO CORRESPONDEN A UN EXAMEN SOBRE EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO O NO DE LAS EXIGENCIAS PARA SU ADMISIBILIDAD

“A ese respecto, en muchas de sus resoluciones este tribunal ha indicado que si del estudio del escrito de apelación: *“...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...”*. (Ref. 36C2011 del 08/02/2011).

Desde esa óptica, pierde eficacia lo razonado por los Magistrados de la alzada para fundamentar la inadmisibilidad impugnada, en tanto que en su reflexión se nota que cuando analizaron el recurso contenido de la apelación, han exigido como no cumplidos algunos aspectos que, de una simple lectura al escrito recursivo, se pueden comprender.

Se afirma lo anterior, pues, la propia Cámara ha relacionado en su resolución el contenido, casi total, del recurso de apelación en los términos siguientes: [...]

Los argumentos plasmados por la alzada, denotan aunque con pocos detalles la descripción de un probable defecto controlable en alzada, pues se enuncia un motivo, el fundamento del mismo, y el agravio ante lo resuelto por primera instancia; de ahí, que al gestionante le asiste la razón, pues, los argumentos que justifican el rechazo de la impugnación no corresponden a un examen sobre el control del cumplimiento o no de las exigencias que, para la admisibilidad del recurso de apelación establecen los Arts. 453 y 470 Pr. Pn.

En razón de todo lo explicado, esta sede estima que deberá accederse a la petición del recurrente y anular la resolución de segundo grado al no estar fundamentada conforme lo ordena el Art. 144 Pr. Pn..

En consecuencia, procede remitir el proceso a la Cámara que dictó el auto que se anula en virtud de la presente resolución, para que examine de nueva cuenta el recurso de apelación en los puntos relacionados, debiendo tomar en cuenta los aspectos que se han expuesto en esta decisión. Lo anterior, en aplicación del precedente de esta Sala que establece: “...la *decisión de rechazar el recurso de apelación no ha implicado un examen fáctico o jurídico del fondo de la causa, pues los Magistrados proveyentes limitaron su conocimiento exclusivamente a la revisión de los requisitos legales que determinan su admisibilidad; de ahí, que no constituye afectación al principio de imparcialidad judicial si examinaran por segunda vez el recurso incoado, pues, la Cámara en ningún momento ha conocido el fondo de la controversia...*”. (Cfr. Ref. 377C2016 del 7/02/2017).” *Sala de lo Penal, número de referencia: 418C2017, fecha de la resolución: 15/01/2018*

PROCEDE LA NULIDAD DE LA DECLARATORIA DE INADMISIBILIDAD, POR ERRÓNEA APLICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD, AL REALIZAR UNA INTERPRETACIÓN LITERAL Y FORMALISTA DE LA NORMA

“Previo a resolver los puntos traídos a estudio, se destaca que fueron extraídos los pasajes pertinentes del recurso, dejando por fuera todos aquellos aspectos que resultaron intrascendentes, no vinculados al vicio que se denuncia, que constituye valoración probatoria o son apreciaciones subjetivas.

Se recalca que se entrará a conocer únicamente de la causal casacional cuya trama queda dibujada como se verá más adelante en que se inadmitió indebidamente el recurso de apelación (Segundo Motivo).

El núcleo del fundamento del reclamo a estudiar en el fallo impugnado radica en que: “La Cámara (...) ha violentado las reglas del debido proceso, ya que me declaró inadmisibile el recurso (...) por considerar que no se plasmó en el escrito recursivo un motivo concreto (...) mucho menos que (...) haya hecho una exposición que por lo menos hiciera inferir que la sentencia impugnada me ha causado agravio (...) pero no comparto debido a que en este caso, 1.º El agravio lo deje claramente establecido en el escrito mediante el cual planteé mi recurso ante ese Tribunal de alzada, o sea que mi reclamo era claro en cuanto a la falta de fundamentación (...) y 2º) La mala interpretación de Los Tratados Internacionales ratificados por La República de El Salvador los cuales se refieren a un recurso efectivo, sencillo y rápido”.

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

Para dilucidar el agravio traído a conocimiento es preciso examinar los razonamientos de la mayoría del Ad quem para dictar la inadmisión impugnada, así: [...]

Para verificar la validez de los anteriores enunciados y, ante la falta de transcripción de los pasajes pertinentes del escrito de apelación en el auto en examen, se copiarán del libelo recursivo algunos de los fragmentos que permitan dilucidar la validez de la fundamentación judicial. [...]

Al contrastar el razonamiento judicial de Cámara y los argumentos que proceden del libelo de apelación, esta Sala es del criterio que, el Ad quem hizo una errónea aplicación de los presupuesto de admisibilidad de la alzada, al realizar una interpretación literal (formalista) de la norma; esta sede reconoce que el despliegue argumenta desarrollado por el litigante en su escrito de impugnación para ante segunda instancia en ocasiones son ajenos a una deseable estructura y contenido que permita una práctica fluida en el manejo de la pretensión; sin embargo, ese defecto formal no debe ser un valladar al acceso a la justicia; toda vez, que de éste se extraigan los elementos primarios para comprender el agravio que se reclamó o, en su caso permitan, dentro del margen legal, la prevención para subsanar las inconsistencias que contenga.

En el caso de autos, el vicio señalado por el gestionante en apelación estriba a grandes rasgos en la errónea aplicación de las reglas de la sana crítica en medios o elementos probatorios de valor decisivo, externando cuales son los juicio de valor que a su entender son errados en el fallo de primera instancia. De suyo, debe anularse el auto impugnado y, ordenar el reenvío de la causa para que conozca otra Cámara del recurso de apelación, la que si bien, debe tomar en cuenta la presente resolución por haberse dirimido ante el Tribunal de cierre el tópico abordado, la misma no le inhibe del descenso propio del examen liminar en el sentido de establecer en detalle los puntos específicos que serán objeto de análisis o, bien prevenir para que sea el impetrante quien dentro de los límites que le fije el Ad quem argumente lo que corresponda.

El criterio que precede ha sido tomado en resoluciones anteriores, verbigracia los auto precedentes siguientes:

En el expediente bajo referencia **62C2014**, a las ocho horas y tres minutos del día diecisiete de noviembre del año dos mil catorce, se fundamentó que: "Ahora bien, acerca de los presupuestos de admisibilidad, es de considerar que las actuales normas procesales penales que regulan los medios impugnativos judiciales en cuanto a sus formas y términos, tienen que ser interpretados en función de hacer accesible a las partes su derecho a que el mismo Juez que dictó la resolución que les afecta (revocatoria) u otro distinto (apelación y casación), examine el pronunciamiento emitido a fin de solventar aquellos yerros que imposibiliten la materialización de la justicia del caso concreto y la vigencia del debido proceso. Para ello, el Juzgador debe procurar que cada recurso proceda como medio idóneo, suficiente y efectivo para refutar determinada clase de resoluciones. ---- El Art. 470 Inc. 2° CPP exige la separación de los motivos de apelación y

su respectiva fundamentación conduce a la adecuada individualización de cada uno de los motivos, punto que repercute favorablemente en diversos aspectos del procedimiento impugnativo, dado que ante mayor claridad en el contenido del libelo, es posible que se determine la competencia del Tribunal y facilita que las otras partes puedan pronunciarse acerca de lo solicitado en el mismo, sin embargo no es de soslayar que pueden existir casos donde el recurrente expone en un mismo párrafo los fundamentos de todos los vicios, omitiendo su individualización, situación ante la cual resultara necesario llevar a cabo una lectura integral al contenido y en caso que pueda desprenderse del mismo los argumentos que motivan cada vicio no será procedente la inadmisión del recurso...”.

La casación clasificada bajo referencia **43C2015**, en la que a las quince horas con doce minutos del día cinco de abril de dos mil dieciséis, se sostuvo: “...La Sala ha sido enfática a lo largo de la vigencia del Código Procesal Penal del año de mil novecientos noventa y ocho, en sostener que se apartaba de la rigurosidad o del formalismo en el examen de admisibilidad de los recursos; en procura de dar acceso a la justicia, flexibilizando la óptica del cumplimiento de los cánones establecidos por el legislador; de tal suerte que, sin ir en contra del principio de legalidad, se puede analizar un escrito de impugnación y, tener por satisfechos los presupuestos que habiliten el estudio de la resolución judicial que se tacha de agravante por injusta, cuando del libelo se lean los extractos necesarios para determinar su queja y, que ésta plantee un posible error en el juicio que se amerite su corrección...”.

De suyo, debe anularse el auto impugnado y, ordenar el reenvío de la causa para que conozca -del recurso de apelación inadmitido- la misma Cámara, la que deberá realizar el examen de admisión correspondiente, teniendo en cuenta los fundamentos de esta decisión y resolver lo que proceda ajustando su actuación a las normas del debido proceso.

La remisión se hace al mismo tribunal siguiendo el criterio establecido en el autoprocedente **377C2016**, proveído a las ocho horas y veintidós minutos del día siete de febrero del año dos mil diecisiete; en el que, en lo puntual se expresó: “...La Sala aclara que en casos similares al presente procedía, luego de la anulación de la inadmisión, a remitir el expediente para su nueva sustanciación a una Cámara distinta de la que decidió dicho proveído, con el objeto de salvaguardar el principio de imparcialidad judicial. (Al respecto Cfr. Refs. 36C2011 del 08/02/2012, 13C2014 del 04/06/2014 y 172C2016 del 05/10/2016). No obstante, este tribunal ha reconsiderado el lineamiento jurisprudencial señalado en tanto que la decisión de rechazar el recurso de apelación no ha implicado un examen fáctico o jurídico del fondo de la causa, pues los Magistrados proveyentes limitaron su conocimiento exclusivamente a la revisión de los requisitos legales que determinan su admisibilidad; de ahí, que no constituye afectación al principio de imparcialidad judicial si examinaran por segunda vez el recurso incoado, pues, la Cámara en ningún momento ha conocido el fondo de la controversia.---- Por lo anterior, a partir de esta resolución la Sala abandona el lineamiento jurisprudencial referido, determinando que, para casos como el ahora examinado se procederá a remitir el proceso al tribunal de origen para que éste realice un

nuevo estudio de la alzada y se pronuncie tomando en cuenta las previsiones advertidas en la presente decisión...”.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 439C2018, fecha de la resolución: 18/12/2018*

## RECUSACIONES

### DEBIDO PROCESO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

“A) Inicialmente, es oportuno indicar que para el caso concreto, la vía impugnativa ha resultado aperturada de manera acertada, pues el actual recurso de revocatoria se dirigió contra un auto interlocutorio con fuerza de definitivo pronunciado por esta Sala, entiéndase el decreto de inadmisión del recurso de casación planteado anteriormente por la defensa técnica de los procesados. Al respecto, el Art. 461 del Código Procesal Penal, establece que tal herramienta procesal se dirigirá contra aquellas “*decisiones pronunciadas en audiencia o fuera de ella que resuelvan un incidente o cuestión interlocutoria*”. En consecuencia, en cumplimiento a la regla general de la taxatividad así como al principio de congruencia entre lo solicitado y lo resuelto, se dará respuesta cada una de las acotaciones que conforman los puntos de debate desarrollados por el señor [...]”

B) Es imperativo, entonces, retomar el escrito formulado por el inconforme, el cual ha sido conformado de la siguiente manera: [...]

Conocido el contenido del escrito que a pesar de haber sido sintetizado es fiel reflejo de las apreciaciones planteadas por la parte interesada, a continuación se dará respuesta de manera ordenada y fundamentada en la normativa, doctrina y jurisprudencia, a cada uno de los argumentos vertidos en los motivos propuestos.

#### **PRIMER MOTIVO: INOBSERVANCIA DE LOS ARTS. 69 y 71 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.**

Los múltiples alegatos del recurrente se concentran en destacar la supuesta incorrección cometida por esta Sala, al obviar el trámite de recusación contenido en los citados artículos de la ley adjetiva, no obstante haber conocido previamente respecto del caso que actualmente se discute.

La queja planteada obliga necesariamente a desarrollar la siguiente temática: **1.** Garantía del debido proceso y principio de legalidad; **2.** Configuración legal de los motivos de impedimento para conocer determinada causa penal; y, **3.** Garantía de imparcialidad. Así pues, a continuación se desarrollarán tales tópicos conjugados con el caso en discusión.

**1. Garantía del debido proceso y principio de legalidad en el proceso penal.** El debido proceso se trata de un derecho humano que se recoge en un conjunto de garantías procesales que tienen por objeto asistir a los individuos durante el desarrollo del proceso, y así protegerlos de los abusos de las autoridades y permitirles la defensa de sus derechos. Esta garantía busca confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de proceso, entendido

éste como *“aquella actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo con reglas preestablecidas, cuyo resultado será el dictado de la norma individual de conducta (sentencia), con la finalidad de declarar el derecho material aplicable al caso concreto”*.

(“Debido Proceso Legal y la Convención Americana de Derechos Humanos”, Rodríguez Rescia, Víctor Manuel.).

Rigen como principios que regulan la actividad procesal, una amplia gama -verbigracia, juicio previo, intervención del juez natural, irretroactividad de la ley, inviolabilidad de la defensa en juicio-, pero centraremos nuestra atención concretamente en el de Legalidad Procesal, el cual sistematiza algunas condiciones esenciales en las que se desarrollará todo el enjuiciamiento, es decir, formas externas de los actos que no pueden ser alteradas de manera antojadiza por ninguno de los sujetos procesales, pues precisamente todos estos requisitos, permiten por una parte, eliminar cualquier forma de arbitrariedad o convertir al proceso en un instrumento abusivo de castigo; y por otra, asegurar la correcta defensa de los intereses que son confrontados en el litigio y en definitiva, procurar el fiel cumplimiento de todas las garantías constitucionales y procesales.

En ese sentido, contempla el artículo 2 del Código Procesal Penal: *“Toda persona a la que se impute un delito o falta, será procesada conforme a leyes preexistentes al hecho delictivo de que se trate y ante un tribunal competente, instituido con anterioridad por la ley.”* De acuerdo al contenido de éste, se resguarda la garantía del ejercicio de la jurisdicción a la obediencia de la ley, y así lo da por sobrentendido claramente el artículo 11 de la Constitución de la República. Este principio tiene un múltiple contenido y entre sus diversas proyecciones, figura el concerniente a la legalidad en el proceso penal.

En los términos más generales, el principio de legalidad postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico a partir de su definición básica, según la cual, toda autoridad solamente puede actuar de acuerdo a la permisión constitucional y legal. Integrarán, desde luego, al principio de legalidad, la identificación de los fines del proceso y su dinámica liderada en pos de la realización de los derechos y garantías fundamentales.

En concordancia con ello, se encuentra el siguiente razonamiento jurisprudencial: *“La referencia a la ley no supone una remisión plena, ilimitada y absoluta a la legislación secundaria, pues, si bien es cierto, que en el ámbito procesal rige el principio de legalidad de los actos procesales, tal principio no hace referencia sólo a la legalidad secundaria sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la legalidad supone respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que incluye a la Constitución. Por ello, la legalidad no es sólo sujeción a la ley, sino también -y de modo preferente- sujeción a la Constitución. Y es que, sobre la expresión ley no debe olvidarse que -en virtud de los principios de supremacía constitucional, jerarquía normativa y regularidad jurídica-, la disposición legal debe ser conforme -en forma y contenido- a la normativa constitucional.”* (Amparo 453-99 de fecha 4/04/2002). Avancemos ahora, a la regulación de la actuación procesal concreta que es objeto de debate.”

SOLA CIRCUNSTANCIA DE INTERPONERLA POR PARTE DEL INTERESADO NO IMPLICA QUE AUTOMÁTICAMENTE SE APARTARÁ DE LA CAUSA AL JUEZ O MAGISTRADO, YA QUE ES MENESTER QUE SE DETERMINE SÍ SE CONFIGURA EL IMPEDIMENTO

**“2. Configuración legal de los motivos de impedimento para conocer determinada causa penal.** El sistema de incompatibilidades constituye una protección a la imparcialidad -garantía que también se abordará en líneas posteriores-, a través del cual la legislación procesal ha previsto una serie de causales en las cuales el juez debe declararse impedido para decidir, garantizando a las partes, terceros y demás intervinientes la tutela judicial efectiva.

Dichas causales se encuentran expresamente consignadas en el Art. 66 Pr. Pn., impera aquí el principio de taxatividad, según el cual sólo constituye motivo de excusa o de recusación aquel que de manera expresa se señala en la ley, lo que hace exclusión de la analogía tanto del arbitrio del juez a quien le está vedado separarse infundadamente de sus funciones, como de los sujetos procesales a quienes no les está permitido escoger al funcionario. En ese entendimiento, dichas causas no pueden ser objeto de interpretaciones subjetivas, ya que responden a los principios de especificidad, independencia, imparcialidad y juez natural.

Asimismo, se habilita a las partes procesales la posibilidad que aleguen su concurrencia por el mecanismo de la recusación. Rafael de Pina en su Diccionario Jurídico (P. 434) define la recusación como: *“Facultad reconocida a las partes (y poder del Ministerio Público, en su caso) que puede ejercerse para obtener la separación del conocimiento de un proceso del juez incurso en cualquiera de los impedimentos legales que se consideran susceptibles de afectar la imparcialidad con que la justicia debe ser siempre administrada.”(Sic).*

La recusación se sustenta en la denuncia de imparcialidad del juez o del secretario, ahora bien, es importante destacar que la interposición de una recusación no implica de manera inmediata en una imparcialidad descubierta o revelada, sino en el riesgo de su existencia. Aún este riesgo es suficiente para asignarle el proceso a uno de sus homólogos. Apartar al profesional de la causa es la manifestación concreta de la recusación. En definitiva, la teleología de los impedimentos y recusaciones responde al cumplimiento de los principios de seguridad jurídica e imparcialidad.

A propósito de este trámite, es necesario examinar por una parte, el procedimiento previsto, y en seguida, los requisitos de admisibilidad.

Entonces, en concordancia al principio de legalidad, el procedimiento para la recusación, se encuentra desarrollado a partir del Art. 70 del Código Procesal Penal. La facultad de recusar es exclusiva de las partes que tienen un interés legítimo en el proceso y que participan activamente en el mismo. El trámite se agotará de acuerdo al previsto para la excusa (Art. 71 en relación con el Art. 69 del Código Procesal Penal), con el plus siguiente: *“el juez o magistrado procederá según el trámite previsto, aún cuando no admitiere la existencia del impedimento legal.”(Sic).*

El juez o magistrado podrá ser recusado en cualquier estado del proceso, cuando exista un motivo serio y razonable que no garantice su imparcialidad.

Ciertamente, no existen parámetros legales que definan qué motivos se consideren serios y razonables para sospechar de la imparcialidad del juez, pues las causas y las circunstancias para recusar pueden ser tan variadas que no da la posibilidad de especificarlas. Por ello, la actividad jurisprudencial se limita a verificar caso por caso y motivo por motivo cuando de resolver recusaciones se trata. Resulta aventurado definir que un hecho es motivo suficiente para dudar de la imparcialidad del juez, pues el riesgo no deja de ser un futurible y, como tal, un incierto o una eventualidad.

No obstante ello, existen circunstancias especiales que lo presumen, como cuando una de las partes guarda un grado de parentesco cercano con el juez o cuando el objeto de litigio representa derechos adquiridos para éste. En seguida, figuran los requisitos de admisibilidad. Estos corresponden al cumplimiento de las formalidades legales: se planteará tal incidente en escrito fundado que indique los motivos, los elementos de prueba y los momentos procesales establecidos por ministerio de ley.

Para el caso en discusión, dentro del recurso de casación interpuesto por la licenciada [...], figuró la solicitud de recusación hacia la conformación de magistrados de la Sala Propietaria. El fundamento de tal petición, obedeció a la circunstancia que con fecha [...], bajo la referencia [...], la misma composición de profesionales conoció de la impugnación planteada por el licenciado [...], la cual arrojó como resultado estimar los motivos planteados, anular la decisión pronunciada por la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro y ordenar el reenvío a otro tribunal de alzada.

Como se explicó líneas arriba, esta Sala como guardiana no sólo de la legalidad sino también de los fundamentos constitucionales, proyectó un examen integral de la causa y consideró que era impertinente la solicitud formulada, en tanto que si bien es cierto hubo un conocimiento previo de la causa, en ocasión al nuevo medio impugnativo propuesto resultaba evidente que del examen formal inicial la única solución que podía concederse a la petición de la casacionista consistía en el rechazo *liminar* por estar ante la presencia de una decisión objetivamente inimpugnable, y a consecuencia de ello, se omitió realizar el trámite de recusación en atención no sólo a que la imparcialidad y la seguridad jurídica no se veían comprometidas, sino también a fin de potenciar la “pronta y cumplida justicia” dentro de una causa que ha sido ampliamente dilatada.

Ante este punto, es preciso retomar un argumento que reiteradamente ha expuesto el recurrente dentro de su libelo impugnativo, el cual consiste en aseverar que la inadmisión de la causa referencia [...], obedeció a la composición de esa Sala interviniente. Al respecto, es imperativo indicar que las diferentes tomas de posturas de este tribunal no responden a la conformación de los Magistrados que conozcan del asunto en discusión, sino que se fundamentan en razones de Derecho. En ese orden de ideas, la solución acordada para el recurso tantas veces indicado, fue la consecuencia del incumplimiento del Art. 452 del Código Procesal Penal, la cual es únicamente imputable al desconocimiento de la técnica impugnativa por parte de la recurrente, al pretender someter a control casacional una decisión que claramente no conforman los supuestos legales para aperturar la vía del recurso de casación.

Por tal razón, consideró impertinente esta Sala acceder a la petición formulada en su oportunidad por la litigante, pues como se repite, desde ninguna perspectiva la objetividad se ha quebrantado. Además, recuérdese que como se dijo previamente, la sola circunstancia de interponer la recusación por parte del interesado no implica que automáticamente se apartará de la causa al juez o magistrado; es menester que la autoridad encargada, realice el examen pertinente, a fin de determinar si ciertamente se configura el impedimento serio y real por el cual se realice la actuación del aparato estatal determinado a apartar del conocimiento al juez y llamar a otro operador de justicia.

Ello no implica que este tribunal calificará la recusación, sino de gestionar un trámite por los cauces adecuados de conformidad al procedimiento legal determinado, y no prolongar una actuación errática de la parte procesal interesada.

Cabe agregar, que lo explicado tiene su base en un criterio determinado y contundente de esta Sala, tal como puede verse en incidentes de recusación pronunciados por esta Sala, verbigracia, los de referencia 11-REC-2016, 5-REC-2017, 9-REC-2017, 11-REC2017 y 12-REC-2017, de fechas 21/09/2016, 26/05/2017, 25/07/2017 y 09/08/2017, dentro de los cuales se declaró sin lugar la existencia del motivo invocado; concretamente las de identificación número 11-REC-2017 y 12-REC-2017, adujeron la causal establecida en el Núm. 1° del Art. 66 del Código Procesal Penal, no eran de recibo en tanto que la decisión previa no se trataba de una “resolución de fondo”.

Entonces, no puede tacharse como un actuar infundado, arbitrario y “meramente formalista”, pues la decisión emitida se ha construido en base a razones legales, así como de las mismas incidencias procesales.

Conviene ahora, desarrollar de manera más amplia, la garantía que se considera incumplida.”

#### CONDUCTA DE MAGISTRADOS Y JUECES DEBE ESTAR GUIADA POR LA PROBIDAD, RESPETO A LA LEY, PROTECCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

**“3. La imparcialidad.** Se debe resaltar que los principios de independencia e imparcialidad, son complementarios uno del otro, porque la primera exige a la figura del juez, someterse única y exclusivamente al imperio de la ley en el momento de resolver el conflicto, lo cual preserva al juzgador de las injerencias externas de manera que la función jurisdiccional se ejerza sin relación alguna con el objeto del proceso o las partes procesales.

La independencia del juzgador se convierte en un pilar del ordenamiento jurídico, cuya ausencia anula o debilita el sistema de garantías procesales instaurado en beneficio de los ciudadanos. En síntesis, la independencia constituye un postulado jurídico de los jueces, que los faculta para ejercer la potestad jurisdiccional y cumplir su función, libres de interferencias o influencias en el desempeño de sus labores, para así poder fundamentar sus decisiones exclusivamente en la ley.

Dentro del orden normativo, el principio de independencia encuentra su base en primer término, en la Constitución de la República, la cual enuncia con persistencia que los jueces y magistrados son independientes, Arts. 11 y 172

Inc. 3º de la Constitución de la República. A consecuencia de ello, en segundo término aparecen las regulaciones del Código Procesal Penal Art. 2) y el Lit. d) Art. 4, de Ley de Ética Gubernamental.

Este principio presenta reconocimiento positivo a nivel internacional en la Convención Americana de Derechos Humanos Art. 8.1, en la Declaración Universal de Derechos del Hombre Art. 10, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Art. 26, Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.1).

En términos generales, el principio de imparcialidad judicial ha sido entendido por la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia, como un postulado ligado al desempeño del juez, que se encuentra ajeno a los intereses de las partes en la causa e independiente a todo sistema de poderes. El Diccionario de la Real Academia Española define tal término como: *“Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud.”*. Cabanellas en el Diccionario Jurídico Elemental, dispone: *“...constituye la principal virtud de los jueces. La parcialidad del juzgador, si es conocida puede dar motivo a su recusación.”*.

Entonces, se considera que en virtud de la imparcialidad, el juez debe mantenerse ajeno a los intereses contrapuestos durante el desarrollo del juicio, cumpliendo con esta característica tanto a nivel personal como institucional, por lo que no debe mantenerse ningún interés privado o personal, público o institucional en el resultado del proceso.

En atención a todo este acervo, la ley exige que los Magistrados sean independientes e imparciales, reconociéndoles derechos y obligaciones que resultan de estos principios fundamentales. Todo ello implica que la conducta de los Magistrados debe estar guiada por la probidad, respeto a la ley, protección a los derechos fundamentales y en definitiva, por el respeto y la dignidad de los que dirigen a la justicia o colaboran con ella. (Rafael Jiménez Asencio, Imparcialidad judicial: Proyección sobre los deberes y derechos fundamentales del juez, en Los derechos fundamentales de los jueces, Alejandro Saiz Arnaiz. Edit. Marcial Pons, Madrid, 2012. P. 40).”

IMPROCEDENTE REVOCAR LA DECISIÓN PORQUE EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD NO PUEDE SER SUPERADO POR NINGÚN ARGUMENTO Y ADEMÁS PORQUE LA ACUACIÓN DEL TRIBUNAL HA SIDO DE MANERA PARCIAL Y ÉTICA

“En el presente asunto se ha acusado que la decisión emitida en la interlocutoria referencia [...], es transgresora a la imparcialidad en tanto que previamente esta Sala conoció en relación a la misma causa.

Al respecto, la línea jurisprudencial construida por esta Sala, puede ser clasificada en dos vertientes: 1) En los supuestos que en el primer caso de conocimiento por parte de esta sede resulte en decisiones de rechazo liminar, de presentarse una nueva impugnación en un juicio postrero, no existe algún impedimento para que la misma composición analice el nuevo recurso interpuesto, en tanto que en el primer supuesto únicamente se agotó un estudio sobre las formalidades de la causa, sin descender al fondo. Estos análisis se encuentran

contenidos en los precedentes 8C2015 y 187C2017, de fechas 09/03/2015 y 22/09/2017, respectivamente. 2) Cuando este tribunal conozca del recurso de casación y resulte estimar o desestimar la impugnación; y en una segunda oportunidad que la misma causa vuelva a ser objeto de reclamo, la conformación de la original Sala no se encuentra inhibida de conocer, toda vez que del examen previo de la nueva queja se advierta que es formalmente inadmisibles ya sea por razones de incumplimiento de impugnabilidad objetiva, subjetiva o temporalidad. Así ha sido comprendido, entre otros, en los fallos de referencia 267C2013, 107C2015 y 282C2016, de fechas 06/05/2014, 15/01/2016 y 11/01/2017, respectivamente.

El asunto de autos, marcado con referencia [...], encajó cabalmente dentro del supuesto número dos. Sin embargo, para mayores efectos ilustrativos, se retomarán las actuaciones previas.

Como se ha establecido en líneas precedentes, ello sin afán de ser repetitivo, la sentencia [...], ciertamente realizó un examen liminar -el cual resultó superado, pues el recurso fue admitido-, y también un análisis de fondo. Cobra vital importancia ante este punto retomar el contenido de dicha decisión: la anulación decretada por la Sala respondió a una vulneración al fundamental derecho de audiencia de la víctima: se otorgó el sobreseimiento definitivo, sin haberse concedido a la víctima la audiencia previa en el acto administrativo, según lo regulado en el Art. 295 Inc. 1° No. 6 del Código Procesal Penal.

Como se advierte, a pesar de haber existido un pronunciamiento, éste no versó sobre cuestiones derivadas de la actividad probatoria o sobre el binomio procesal correspondiente a la existencia del delito o la participación delincuenciales de los imputados en el mismo, circunstancias que definitivamente incidirían en el acervo de conocimiento de los Magistrados integrantes del tribunal que se pronunció.

A propósito de los precedentes judiciales, que también han sido cuestionados por la parte impetrante, al decir que simplemente son una repetición automática, es preciso aclarar que el proceso penal se encuentra inspirado por principios y dentro de éstos figura el de *stare decisis* o la vinculación al precedente, el cual ha sido diseñado con la finalidad de brindar seguridad jurídica a las partes intervinientes de una causa así como a la colectividad jurídica en general.

Cuando se habla de la autovinculación del juez a sus propias decisiones, se comprende que se refiere a una aplicación no sólo de la justicia formal, puesto que se da tratamiento equitativo a situaciones similares, alcanzando así una consistencia entre la resolución presente y las anteriores; sino también, se da plena vigencia al principio de igualdad ante la ley, ya que los fallos posteriores deben tener en cuenta no sólo las anteriores, sino también se revisten de un determinado peso no derogable, salvo que se configuren razones suficientes para modificarlas.

Ahora bien, esta Sala estima importante destacar que dentro del petitorio, el recurrente solicita que sean los “magistrados suplentes”, quienes conozcan de la actual revocatoria.

Al respecto, únicamente se remitirá al Art. 461 del Código Procesal Penal, el cual dispone que ante el empleo de este medio de oposición, corresponderá “a/

*mismo tribunal que las dictó las revoque o modifique”, de tal suerte, la petición formulada es improcedente, pues ya la legislación ha confeccionado el trámite que deberá agotarse para casos como el presente.*

En conclusión, no puede accederse a la petición de revocatoria solicitada por el recurrente, en primer término no sólo porque el incumplimiento del principio de taxatividad no puede ser superado por ningún argumento -recuérdese que el Art. 452 del Código Procesal Penal, indica con claridad aquellas decisiones emitidas en segunda instancia que habilitan el conocimiento de casación, fuera de ellas, no puede arrogarse arbitraria o antojadizamente esta Sala el estudio de otras decisiones, pues, tal postura ciertamente sería violatoria a la legalidad, seguridad jurídica-, sino también porque este tribunal no ha actuado de manera parcial y faltante a la ética, como se ha explicado a profundidad a lo largo de la presente que la inadmisión del recurso referencia 278C2017, obedeció al incumplimiento del Art. 452 del Código Procesal Penal y en tanto que esta decisión es de aquellas que no suponen descender al fondo de la cuestión -respecto del cual esta Sala en ninguna oportunidad ha tenido conocimiento pues el fallo referencia 198C2015, versó sobre la transgresión a la garantía de audiencia en contra de la víctima al no concederle la audiencia previa al sobreseimiento definitivo, lo que configuró un defecto procedimental.

De igual forma, la decisión tomada en el caso identificado como 222C2016, se declaró inadmisibles por no cumplir con los requisitos de los Arts. 452 y 479 del Código Procesal Penal; y finalmente, el conocimiento de esta Sala para el caso 168C2017, también fue declarado inadmisibles por no ser recurrible vía casación, de ninguna manera esta Sala ha decidido teniendo conocimiento previo ya sea de los elementos de convicción incorporados, la existencia del hecho, la participación delincuencia) o sobre cuestiones de subsunción jurídica.”

RESPUESTA ADVERSA A LOS INTERESES DEL RECURRENTE NO CONSTITUYE AUTOMÁTICAMENTE UNA DENEGACIÓN ARBITRARIA AL ACCESO A LA JUSTICIA

**“SEGUNDO MOTIVO: INOBSERVANCIA AL ART. 8.2 LIT. H, DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.**

La doctrina pacífica considera al recurso de casación como uno de carácter limitado, en tanto que permite únicamente el control *“in jure”*; es decir, que la situación de hecho fijada en la sentencia se considera inamovible y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal.

A propósito del derecho formal, se comprende que son las normas del ordenamiento jurídico interno, respecto de las cuales puede ejercerse una labor de interpretación y aplicación, pues de tal forma se concretan la función unificadora de la jurisprudencia y la nomofiláctica de la actividad casacional. Entonces, a pesar que el recurrente invoque una disposición internacional, esta Sala, como concedora del Derecho comprende que este segundo reclamo se dirige a denunciar el incumplimiento a la garantía del acceso a la justicia, Art. 11 Pr. Pn., pues a su criterio fue coartada tal facultad pues se *“obstaculizó la facultad de controlar la decisión judicial por la vía del recurso.” (Sic).*

Del derecho fundamental de acceso a la justicia discernido a partir del Art. 12 de la Constitución de la República, su alcance puede ser detallado de la siguiente manera: 1. El derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; 2. La existencia de un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales; 3. El requisito de que sea la autoridad competente prevista por el respectivo sistema legal quien decida sobre los derechos de toda persona que lo interponga; 4. El desarrollo de las posibilidades del recurso judicial; y, 5. El cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Concéntrase concretamente en el número 4 recién citado, es decir, el desarrollo de las posibilidades del recurso judicial.

A fin de realizar tal fundamental derecho, la normativa contempla una serie de disposiciones diseñadas para controlar por parte de un tribunal superior, la decisión limitadora de derechos pronunciada por el inferior. Específicamente, el Código Procesal Penal, desarrolla dentro del Libro Cuarto, la temática correspondiente a los “Recursos”, regulando dentro de este universo, no sólo las elementales reglas de interposición -las cuales deberán ser respetadas cuidadosamente por el impugnante, pues si bien es cierto a éste se le acuerda la facultad de revisar una decisión, también acatará los requisitos dispuestos por el legislador-, sino también los mecanismos de revocatoria, apelación, casación y revisión.

Dentro del Título IV se desarrolla el recurso de casación, el cual prevé la dinámica de este medio impugnatorio, es decir, ante cuáles supuestos opera, las condiciones temporales y formales. Ciertamente, el cumplimiento a los requisitos formales se comprende como la realización al principio de legalidad; sin embargo, en tanto que otra función encomendada a esta Sala, corresponde a la dikelógica -la cual contribuye a alcanzar la justicia del caso mediante una adecuada motivación del fallo definitivo-, la jurisprudencia ha señalado que casación no puede apegarse a un excesivo rigor formal incompatible con el debido proceso, ni con el acceso al control de la sentencia de segunda instancia. (Véase Ref. 168C2013, 204C2016, de fechas 06/11/2013 y 04/10/2016, entre otras).

De acuerdo a esa perspectiva, la decisión recogida en el fallo 278C2017, fue producto de un análisis pormenorizado y fundamentado adecuadamente, pues se consignaron las razones de Derecho bases para rechazar la impugnación planteada por la licenciada [...]. Como insistentemente se ha hecho mención, tal sanción no obedeció a una arbitrariedad, sino que fue producto del incumplimiento al Art. 452 del Código Procesal Penal, al principio de taxatividad y a la técnica casacional recursiva: se pretendió aperturas la vía impugnatoria respecto de un auto que a pesar de ser dictado en segunda instancia no se trataba de aquellos que ponen fin al proceso, pues, recuérdese que el agravio se dirigió contra el auto que rechazó una solicitud de transformar un sobreseimiento provisional en uno definitivo. Tal decisión en particular, definitivamente escapa al

control casacional y su inadmisibilidad no supone una denegación indebida al acceso al recurso.

Tampoco es correcto elaborar la afirmación que *“se ha obstaculizado la facultad de controlar las decisiones jurisdiccionales por vía del recurso”*, pues, tal como consta de las incidencias procesales, cada petición formulada por los recurrentes ha recibido respuesta adecuada por parte de esta Sala, tal como puede ser observado en los fallos con referencias 198C2015, 222C2016, 168C2017 y 278C2017, de fechas 18/01/2016, 27/04/2017, 18/07/2017 y 22/01/2018, todos emitidos en ocasión de la causa penal tramitada contra [...] a quienes se les atribuye la comisión del delito calificado como ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE, previsto en el Art. 218 del Código Penal, en perjuicio patrimonial de [...]

Por lo tanto, para el caso concreto, la respuesta adversa a los intereses del recurrente no constituye automáticamente una denegación arbitraria al acceso a la justicia, sino que es producto del desconocimiento de la norma adjetiva, el cual no puede ser soslayado, pues actuar de otra manera, tornaría las decisiones de la Sala no sólo en arbitrarias, sino también en provocadoras de inseguridad jurídica.

Finalmente, respecto de la circunstancia de la que se aqueja el reclamante que *“por el tiempo transcurrido desde el dictado del sobreseimiento provisional hasta la fecha, se computa más de un año sin que se hubiere planteado dentro del término de ese periodo”* (Sic), no es un escenario que sea imputable a esta Sala, pues tal como se advirtió en el fallo referencia 278C2017, las partes intervinientes de la actual causa en discusión no han hecho un uso racionalizado de los medios impugnativos, pues, tal como claramente surge de los antecedentes de la causa, la casación ha sido interpuesta en cuatro oportunidades, ello sin tomar en cuenta las apelaciones y revocaciones previas insistentemente invocadas, así como la elección de la vía equivocada para iniciar un trámite, como fue explicado por la Cámara en su rechazo.

Consecuentemente, por las razones expuestas a lo largo de la presente, deberá ser declarada SIN LUGAR la revocatoria presentada, sin que la naturaleza de la actual decisión suponga el quebranto de derechos fundamentales a la parte interviniente.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 278C2017, fecha de la resolución: 20/03/2018*

## **SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO**

PLAZO PARA IMPUGNAR ES A PARTIR DE LA NOTIFICACIÓN DEL AUTO EN QUE SE DICTA Y FUNDAMENTA EL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO Y NO A PARTIR DE LA AUDIENCIA EN QUE SE DECIDE

“En relación a los reclamos argüidos, basados éstos en la supuesta inobservancia a normas de carácter procesal y falta de fundamentación de la declaratoria de inadmisibilidad dictada, la impetrante [...], basa su argumento de inconformidad aludiendo a [...], lo siguiente: *“... el tema objeto de la inconformidad*

*de la representación fiscal es la determinación del acto que da inicio al plazo de interposición de la apelación, ya que para la Honorable Cámara este inició el veintiocho de febrero de dos mil diecisiete y para la representación fiscal el seis de marzo de dos mil diecisiete, ya que a diferencia de la Cámara que retoma dicha fecha como aquella en que oralmente se pronunció la resolución, para la Fiscalía es con la entrega física del acta, pues el honorable Juez Instructor realizó separación de dicho acto en forma oral el veintiocho de febrero de dos mil diecisiete, lo cual es determinante ya que conforme al Art. 470 Pr.Pn., el cómputo del plazo da inicio a raíz del acto de comunicación...” (Sic).*

Aunado a lo anterior, la parte fiscal afirma: “...retomando el Art. 362 inciso final Pr.Pn., la resolución dictada en audiencia preliminar se tendrá por notificada a las partes a través de su lectura, de ahí que para efecto de realizar el cómputo del plazo para la apelación, se requiere de un pronunciamiento emitido por el Juez Instructor y que las partes lo conozcan por medios escritos, a fin de posibilitar el acceso a la justicia, pues las partes debemos tener certeza de los fundamentos del Juez, y esta certeza se tiene por medio de la resolución escrita, ya que la resolución oral no contiene en forma exacta sino sucinta los elementos de la decisión del Juez; la decisión escrita contiene los elementos retomados, la valoración y conclusión que realiza el juez de los mismos y como llega o arriba a dicha conclusión, esto es el deber de motivación...” (Sic).

Frente a lo manifestado es necesario examinar la resolución que se impugna, expresando la Cámara en sus razonamientos a [...] lo siguiente:

*“...se menciona que recibieron copia del acta el día seis de marzo de dos mil diecisiete y que es a partir de esa fecha en que les corre el plazo para apelar, pero véase que nos encontramos ante dos momentos diferentes, el primero de fecha veintiocho de febrero de dos mil diecisiete, día en que se finaliza la audiencia preliminar y quedan notificadas las partes por medio de su lectura, haciéndose constar como ya dimos, que en esa acta las partes conocen la resolución e hicieron uso de recursos, entendiéndose que en ésta se resolvía el fondo del asunto discutido, por ende, la situación jurídica de los imputados, momento en el que firman todos los que están presentes en la audiencia y el otro momento, que es cuando se le entrega materialmente el acta a esa parte procesal el seis de marzo de dos mil diecisiete; debiéndose mencionar, que una cosa no supe a la otra, es decir, que únicamente por tener el acta en físico en sus manos hasta esa fecha, seis de marzo del presente año, no quiere decir que la partes no hayan tenido conocimiento de la resolución judicial con anterioridad, específicamente el veintiocho de febrero de este años (...) es en esa fecha entonces, aun y cuando no posee materialmente la resolución, que tiene conocimiento de la misma e inicia el plazo para poder impugnar...” (Sic).*

Previo a pronunciarse sobre las cuestiones planteadas, es oportuno referirse a determinados criterios sentados jurisprudencialmente por esta Sala, como el proveído dictado bajo referencia 9C2015 de fecha veintidós de junio del año dos mil quince, en el cual se expresó lo siguiente:

*“...si bien es cierto, la decisión de sobreseimiento definitivo puede ser pronunciada de manera oral dentro de la audiencia, y por tanto revocable dentro de la misma; esto no significa que para hacer uso del recurso de apelación, baste*

su notificación verbal, o la sola lectura del acta que la enuncie escuetamente, pues para efectos de interposición de los recursos que la ley dispone por escrito, impera la necesidad, de que resoluciones de tal naturaleza (auto que pone fin al asunto) cumplan con los requisitos que exigen los Arts. 353 en relación con el 144, ambas disposiciones del Código Procesal Penal. Y esto es una razón fundamental, que ha llevado a esta Sala a anular sobreseimientos definitivos pronunciados verbalmente por diferentes tribunales dentro de una audiencia, reiterándose la necesidad que esta clase de resoluciones y sus fundamentos aparezcan plasmados en un auto por separado, no es suficiente e/ acta de audiencia que lo consigna y sucintamente expresa los fundamentos...” (Sic).

Con base en la anterior línea argumental, no se comparte el criterio del *Ad-quem* al manifestar -en el *subjudice*- que como acto de comunicación basta la resolución dictada de forma oral para que inicie el plazo de impugnación, ya que por la naturaleza del proveído dictado (sobreseimiento definitivo), tal providencia debe constar en auto Art. 143 Pr.Pn., pues es en él que debe materializarse la decisión que le pone fin al proceso de forma definitiva, la que por su naturaleza y para efectos de interposición de recursos, debe cumplir los requisitos previstos en los Arts. 353 y 144 Pr.Pn. Adviértase de lo dicho que el primero de los preceptos en cita establece una serie de requerimientos que deben incorporarse y desarrollarse en el auto que corresponde, con el objeto de garantizar el derecho de defensa y dar cumplimiento a las reglas del debido proceso.

En ese sentido, se advierte que las partes procesales deben conocer con precisión, y de manera concreta los fundamentos de hecho y de derecho en que se basa el pronunciamiento judicial, lo que es una condición necesaria para establecer la exigencia jurídica del agravio que pudiera generar la decisión jurisdiccional, es decir, que la razón por la cual el legislador ha previsto que este tipo de resoluciones debe constar en auto, es precisamente porque la exteriorización del razonamiento por parte del *A quo* permite eventualmente el control para la corrección sustancial del proveído, esto con el objeto de asegurar el respeto a los principios rectores de legalidad y juicio previo. Ahora bien, en el caso de autos al dictarse el sobreseimiento definitivo en audiencia preliminar en fecha veintiocho de febrero de dos mil diecisiete y convocarse a las partes técnicas y materiales para el día seis de marzo del año dos mil diecisiete, con el objeto de entregar copia fotostática del acta de dicha audiencia, tales fechas no dan inicio al plazo de impugnación de acuerdo al criterio de Sala, sino a partir de la notificación del auto en el que se dicta y fundamenta el sobreseimiento definitivo tal como lo regula el Art. 160 inciso primero Pr.Pn.

Lo expuesto, permite concluir que al dictarse y fundamentarse el sobreseimiento en el mismo auto de apertura a juicio, de fecha tres de marzo de dos mil diecisiete -incorporando las razones para sobreseer definitivamente a los encartados por los delitos relacionados en el preámbulo de esta resolución-, es a partir de la notificación del auto en referencia que debió contabilizarse el plazo de interposición del recurso de apelación, conforme al criterio sostenido por este tribunal y que ha sido relacionado en párrafos que anteceden a éste.

Por lo anterior, el tribunal *Ad quem* deberá -al recibo de la presente decisión- realizar un nuevo examen de admisibilidad, tomando como base el plazo

de interposición a partir de la notificación del auto en el que se consigno el Sobreseimiento Definitivo a favor de los imputados, debiendo analizar el resto de condiciones de interposición a efecto de admitir o no el recurso planteado.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 203C2017, fecha de la resolución: 15/01/2018*

## TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS AGRAVADO

### CONSIDERACIONES SOBRE LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO

“Como se hizo referencia, [...] alega como vicio la falta de fundamentación de la sentencia por inobservancia de las reglas de la sana crítica, al respecto sostiene, que ha existido una inadecuada valoración de la prueba por parte de la Cámara, como lo es, dar una mayor interpretación a los hechos establecidos por la testigo [...], quien nunca determinó en vista pública días, hora y lugar donde negociaba su viaje hacia los Estados Unidos, tampoco el precio total que pagaría su hermana por el viaje, ni le constaba si había partido con [...]. Al respecto, sostiene: [...]

Continúa afirmando, que la Cámara con relación al testigo [...] le da credibilidad sobre la obtención de los [...] dólares que se pagaron por el viaje el cual fue adquirido de una hipoteca, acreditando tal circunstancia únicamente con su dicho, ya que la Fiscalía nunca presentó la documentación de la hipoteca, ni la compraventa de un vehículo, por lo que en su criterio no se demostró la procedencia del dinero. De igual forma, el reclamante cuestiona la deposición de [...] aduciendo que el órgano de segunda instancia le da credibilidad a las supuestas llamadas que ella realiza, de lo cual la Fiscalía no presentó bitácoras de las mismas. Por último, aduce que no es posible que el testigo [...] reconociera e identificara al imputado, cuando él no tenía conocimiento del viaje de su compañera de vida, según el recurrente, todo lo supo por su cuñada [...].

Antes de pronunciarse sobre el tema en discusión, es pertinente resaltar que la fundamentación resulta ser una garantía para todos los sujetos que participen dentro del proceso, de manera que puedan conocer de forma transparente y clara cuál fue el *iter* lógico que utilizó el juzgador para arribar a las conclusiones que establece como verdades en la sentencia. Partiendo de este entendido, el tribunal debe analizar todos los puntos que se discuten durante el debate, con el fin de que las partes tengan un verdadero acceso a la justicia. La fundamentación ha de alcanzar la categoría de derecho fundamental incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva, pues ésta únicamente se materializa cuando frente a la arbitrariedad se impone una respuesta de fondo que resulte razonada. Sólo puede entenderse cumplida cuando se facilite al justiciable “ las razones por las cuales se adopta la decisión hecha constar en su parte dispositiva” , puesto que deben exteriorizarse en la fundamentación de la resolución las razones determinantes del fallo.

Dicho lo anterior, en el presente caso, del contexto de la fundamentación del fallo impugnado, tenemos que Cámara en el análisis intelectual realizado en

cuanto a la valoración de la prueba testimonial de los señores [...], y evidencia documental, no ha vulnerado las reglas de la sana crítica y la misma se encuentra argumentada de manera lógica. Véase el siguiente extracto de la sentencia: [...]

Asimismo, esta Sala constata que la Cámara Seccional corroboró la deposición de la hermana de la víctima con el reconocimiento en fila de persona en el que identificó al imputado [...] como el sujeto a quien hizo entrega de los [...] dólares, que en acuerdo previo habían negociado para llevar a la víctima hacia los Estados Unidos de América; de igual forma, se cuenta con la deposición del testigo [...], compañero de vida de la ahora occisa [...], afirmando que su cuñada, la señora [...] entregó la cantidad de dinero antes indicada en la casa del señor [...], concordando con la testigo que la señora [...] partió en el viaje el día [...]. Posteriormente, el imputado se comunicó con el señor [...], primo de la referida víctima, quien le expresó que el imputado se había contactado para informar que [...] se había quedado en el camino en McAllen Texas, que ya no había podido seguir caminando y que él ya no podía hacer nada ahí.

Lo anterior, es ratificado mediante el Dictamen Integrado de Identificación, con el que se acreditó que la señora [...], fue positiva con los restos codificados como [...], en Brooks Texas, con lo cual se comprueba que efectivamente, ella fue guiada de forma ilegal por el imputado hasta Estados Unidos, siendo abandonada en el viaje, sin ser auxiliada en el trayecto al momento de haberse sentido mal.

Esta Sala considera necesario, en torno al tema en estudio, que el delito de Tráfico Ilegal de Personas, es un tipo penal eminentemente doloso, donde el sujeto activo alberga, transporta o guía personas con el propósito de evadir controles migratorios, atentando contra la humanidad y la seguridad de un país. En esta clase de delitos, la adecuación típica del tipo objetivo precisa de un esquema básico que está compuesto por tres elementos que son: la acción, el resultado y la imputación objetiva, que medie entre éstos. En lo que respecta a la acción, ha de afirmarse que ésta debe estar revestida de una voluntad de incurrir en la conducta prohibida, consistente en albergar, transportar o guiar personas con la finalidad de evadir controles migratorios, pudiendo haberlo evitado sin que se hubiera motivado para hacerlo.

En este delito, establecer la imputación objetiva no resulta muy engorroso, debido a que es indubitable la relación causal por la inmediata sucesión temporal entre la acción y el resultado. Por otra parte, el albergar, transportar o guiar personas, sean nacionales o extranjeras, constituye el elemento genérico del tipo objetivo; por lo que el objeto del ilícito lo constituye el evadir controles migratorios. En lo relativo a la adecuación típica del tipo subjetivo, el elemento principal lo constituye el dolo, el cual se evidencia en la conducta de a quién se le impute el delito y, que por su edad, medios utilizados, y circunstancias físico-ambientales, debió conocer que su acción consistiría en albergar, transportar o guiar personas, nacionales o extranjeras, y, no obstante ello, decidió seguir voluntariamente con su conducta; asimismo, el tipo subjetivo en el ilícito, ha de tener una doble modalidad, es decir, que al momento de cometerse, el sujeto activo debe de estar orientado, ya sea por la voluntad de evadir un control migratorio; o

bien, que tenga en su ánimo una voluntad de transgredir la seguridad de un país evadiendo un control migratorio.”

#### CORRECTA ACREDITACIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL IMPUTADO DE GUIAR A LA VÍCTIMA CON EL OBJETO DE EVADIR CONTROLES MIGRATORIOS

“En el caso de mérito, resulta evidente que la acción del imputado [...] fue la de guiar a la señora [...] hasta los Estados Unidos de América, con el ánimo rotundo de evadir los distintos controles migratorios que durante tal travesía encontrarían, conducta que accedió realizar por el precio de [...] dólares en concepto de trasladar a la víctima hasta el destino requerido, obteniendo con ello un lucro económico a su favor, existiendo una clara planificación para la ejecución del viaje, en el que la señora [...] perdió la vida, quedando abandonada en el camino, ya en el territorio de los Estados Unidos, sin que el imputado le proporcionara ayuda alguna, únicamente dando aviso al familiar de la víctima que se había quedado sin poder continuar.

En tal sentido, la Cámara acreditó que la actividad del encartado era “guiar a la víctima a los Estados Unidos de América”, el término “guiar” es aquél comportamiento físico de acompañar mostrando el camino, ayudando a recorrer el mismo; siendo tal ayuda con el objeto de evadir controles migratorios.

En el presente caso, a la luz del texto de la sentencia, se aprecia no sólo el contenido de la evidencia, sino su respectivo análisis, valoración, y posterior adecuación al injusto penal comprobado, por lo que estima esta sede que no hay tal ausencia de argumentación de la decisión impugnada. No se encuentra una insuficiente fundamentación, las consideraciones expuestas resultan ajustadas a derecho, porque están sustentadas en elementos de prueba válidos, quedando claro también que hay una valoración integral del abanico probatorio, y su conclusión no ha sido eficazmente conmovida por las críticas del impugnante, al pretender controvertirla mediante una ponderación parcializada de los distintos elementos probatorios.

En consecuencia, no habiéndose comprobado el yerro denunciado por la recurrente, deberá declararse no ha lugar a casar la sentencia impugnada.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 31C2018, fecha de la resolución: 29/08/2018*

## TRÁFICO ILÍCITO

#### INEXISTENCIA AL NO ACREDITARSE LA CONFIGURACIÓN DEL VERBO RECTOR TRANSPORTAR NI QUE LA ACCIÓN DESCUBIERTA CUMPLÍA UN ESLABÓN EN LA CIRCULACIÓN DE LA DROGA HACIA TERCEROS

“2.- En vista que los argumentos sobre los que descansa la existencia del primer y segundo vicio argüido (*“Inobservancia del Art. 33 L.R.A.R.D” e “Infracción a las reglas de la sana crítica con respecto a medios o elementos de valor decisivo”*), se instauran en la concurrencia de una inobservancia al principio lógico

de razón suficiente al no guardar correspondencia el pronunciamiento dictado por Cámara con el contenido arrojado por los elementos probatorios vertidos en juicio, ya que a criterio del impetrante, contrario a lo determinado por segunda instancia sí se acredita con tales pruebas la existencia de delito de Tráfico Ilícito y no se demuestra que el procesado sea drogodependiente. Siendo, la síntesis anterior, el fundamento principal en que descansan los dos motivos relacionados, es procedente brindar tratamiento unificado a los mismos, para lo cual se procede a su correspondiente estudio a fin de evidenciar si la calificación legal establecida es la adecuada o no para enmarcar los hechos acreditados.

La Sala considera que lo reprochado en los motivos anteriores **debe ser desestimado** por los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

Conviene iniciar indicando, que dada la naturaleza de los reclamos es necesario retomar como presupuesto lógico cognoscitivo, aquellos hechos que los juzgadores tuvieron por demostrados mediante los elementos probatorios vertidos en juicio (como lo dispone el principio de intangibilidad de los hechos y el de correspondencia entre lo alegado y lo probado), pues el objeto y el fin es constatar si a partir de ese marco histórico, las normas de fondo fueron o no correctamente empleadas.

Con respecto al pronunciamiento de mérito, al dar lectura a su contenido intelectual jurídico, esta Sala encuentra que la Cámara al examinar la adecuación de la conducta atribuida al procesado junto con los elementos de prueba y fácticos aportados a juicio, concluyó a [...] del incidente de apelación, lo que sigue: [...]

A la luz de lo transcrito y teniendo claro que el punto objetado por la representación fiscal se ciñe al incorrecto examen probatorio y jurídico que realizó el *A quo* respecto de la prueba y la tipificación de la conducta del encartado al no enmarcar los hechos en el Art. 33 de la LRARD, como Tráfico Ilícito, se hacen las consideraciones siguientes:

La conducta típica prevista en el Art. 33 de la LRARD, como Tráfico Ilícito criminaliza el comportamiento de proporcionar, facilitar o suministrar la sustancia ilícita. En este orden de ideas, debe resaltarse que la noción de “tráfico”, en el sentido que ha sido construida la descripción de dicho precepto legal, implica que el tipo penal se colma y agota con la sola ejecución de cualquiera de los verbos rectores que se contemplan en su contenido.

Para la representación fiscal, este ilícito se ha configurado en virtud que el procesado [...] se encontraba caminando por la calle [...], cuando fue capturado transportando la droga en uno de sus bolsillos, considerando el ente acusador que ello implica un desplazamiento de la sustancia ilícita y por tanto un “transporte” de droga en flagrancia.

Estima esta Sala, que el argumento externado -en principio-, no permite fundar la existencia de un comportamiento incluido en la norma que se reputa inobservada, es decir, que se tenga por acreditado que se configura el verbo rector “transportare” y por ende un tráfico ilícito de drogas, pues, como bien lo han sostenido las instancias judiciales referidas, no se ha determinado por circunstancias objetivas, comprobadas de forma racional y fundada, que la acción

descubierta por los agentes policiales cumplía un eslabón en la circulación de la droga hacia terceros.

Al respecto, esta Sala ha razonado que para el caso de tráfico ilícito de drogas es necesario: *“acreditar no sólo el traslado de la droga sino que esta acción se desarrolló en el marco del cumplimiento de una etapa hacia los consumidores...”*. (Ver Ref. 213-CAS-2012 del 28/06/2013).

Lo anterior es relevante, pues ha sido criterio interpretativo ya consolidado en la jurisprudencia de esta Sala, la exigencia que el transporte de droga -visto como modalidad en el delito de Tráfico Ilícito-, no se satisface con el simple traslado de la droga de un lugar a otro, esto es, su sólo desplazamiento territorial y físico, siendo necesario por razones derivadas del principio de imputación subjetiva y la antijuridicidad material del delito, que al acarreo se produzca en el marco del ciclo de distribución de la sustancia hacia un tercero o a los potenciales consumidores.”

POR EL IMPERATIVO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA NO LE CORRESPONDE AL PROCESADO COMPROBAR EL AUTOCONSUMO SINO A LA FISCALÍA ESTABLECER LA DESTINACIÓN AL TRÁFICO U OTRAS FORMAS DE PROMOCIÓN DEL CONSUMO DE DROGAS

“De acuerdo con los hechos, la Cámara relaciona dentro de la prueba incorporada en la audiencia de vista pública, entre otras, el análisis de Experticia [...] realizada por el perito Analista [...], quien tuvo a la vista 24 porciones pequeñas de material vegetal, Marihuana, con un peso de 17.5 gramos y su valor económico de \$19.95; aunado a ello, la declaración indagatoria del imputado, quien manifestó que la droga marihuana encontrada en su poder era para su consumo personal.

La estimación de tales probanzas, llevaron a la alzada a concluir que la representación fiscal no hizo un esfuerzo encaminado a demostrar que la tenencia de la marihuana era con el ánimo o intencionalidad pre ordenada de tráfico, es decir, para proseguir con el ciclo económico de la droga; razonando además, que no presentó ningún elemento probatorio que permitiera acreditar que el transporte era con fines de distribución en el [...], puesto que únicamente figura el hecho que el procesado fue detenido mientras circulaba en la calle principal frente a dicho establecimiento. De ahí, que la ausencia de instrumentos o materiales relacionados para la elaboración de la droga y la no incautación de alguna cantidad de dinero inusual, permitió derivar -que si bien la sustancia ilícita era transportada por el imputado en forma oculta adherida a su cuerpo y en un lugar público-, no fue posible puntualizar la finalidad de tráfico.

Al analizar dichas circunstancias, por un lado, si bien el procesado en su declaración aporta insumos para la condición de posesión y tenencia como finalmente fueron calificados los hechos -en lo atinente al consumo personal de la droga-, el mismo no está obligado a probar que la droga estaba destinada a ser ingerida por su persona, ya que sobre éste pesa su estado de inocencia, y es precisamente dicho estado el que debe quebrantar la representación fiscal al momento de la acusación y que en este caso, tal como lo razona el tribunal

de segunda instancia, no ha sido derribado. Ha señalado este tribunal, 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 Tráfico Ilícito. (Ver Ref. 131C2015 del 26/06/2015).

Por otra parte, ante el comentario del inconforme sobre la ausencia de elementos probatorios, tales como prueba toxicológica o expedientes de rehabilitación para acreditar la drogodependencia del encartado. Al respecto, esta sede ha expuesto en casos similares al presente que: “... *esta circunstancia no es un elemento con figurativo del tipo penal, como sí lo es el ánimo o intención de traslado a terceros, siendo esto precisamente lo que no estableció el ente acusador, no obstante su obligación de aportar indicios suficientes reveladores del ánimo de tráfico, al menos que lleven a descartar de que se trata de un consumidor final de la droga, de manera que se vea latente la puesta en peligro de la salud de terceras personas.*”. (Ver Ref. 207C2015 del 18/11/2015).

Al aplicar los conceptos vertidos respecto del autoconsumo de droga arribados por el tribunal de segunda instancia, se denota una correcta derivación probatoria y analítica. Véase que la Cámara señala que no se cuenta con indicios que permitan sostener que el imputado tenía la droga en su poder con el fin de distribuirla, pues no portaba instrumentos o materiales relacionados para su preparación, tampoco se estableció que estuviera acompañado, ni que portara una cantidad de dinero inusual, conclusiones que guardan respaldo al criterio de Cámara con lo declarado por el procesado [...] y con el resto de probanzas incluyendo testimonios que se evaluaron en la causa.

En tal sentido, considerando los hechos establecidos por la Cámara en su fundamentación intelectual, se determina que en el presente caso no es procedente calificar los hechos como Tráfico Ilícito, Art. 33 LRARD, en tanto que la argumentación probatoria sobre la cual descansa la fundamentación jurídica desarrollada por los juzgadores de la alzada, en lo concerniente a la conducta del procesado, es la adecuada.”

#### AUSENCIA DE VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

“3.- Se procede ahora al análisis del tercer vicio de casación alegado, correspondiente a la: “*Inobservancia de las reglas relativas a la congruencia, Art. 478 N° 4 Pr. Pn*”. Afirma el quejoso que Cámara no ha respetado el *Principio tantum devolutum quantum appellatum*, pues los Magistrados hacen una relación únicamente a los silogismos fácticos y jurídicos, no así a los probatorios, en virtud que la absolución del procesado [...] no tiene una derivación probatoria de forma específica o pertinente a partir de la cual se pueda arribar a que su conducta es “autorreferente” o que éste tenga la calidad de “drogodependiente”, por ello concluye que la decisión de los Magistrados es incongruente.

Además, el impetrante sostiene que existe una falta de congruencia entre lo solicitado por el ente fiscal y lo pronunciado por la Cámara, pues en el presente caso se le invocaron varios motivos y no practicó el análisis a cada uno de ellos, sino de forma general, no advirtiendo una respuesta individual y concreta. Au-

nado a ello, señala que la Cámara incurre en una contradicción, pues confirma la sentencia de primer grado porque no se probó el dolo especial, y al mismo tiempo, concluye que absuelve al encartado por falta de antijuridicidad material o lesividad al bien jurídico.

La Sala considera que este reproche también **debe ser desestimado**, por los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

a) En lo atinente a la noción de congruencia de las resoluciones judiciales, la cual se entiende desde la conformidad entre el contenido de la resolución y el objeto de las peticiones-pretensiones que delimitan el *thema decidendi*. La comparación entre lo reclamado y lo decidido debe guardar una estricta correspondencia, pues de no ser así la resolución se apartaría del principio de congruencia, el cual se mide por el ajuste o adecuación entre su extremo dispositivo y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones; de manera tal, que la sentencia no puede otorgar más de lo que se hubiera solicitado, ni menos de lo admitido.

En ese sentido, el pronunciamiento del tribunal de segunda instancia debe efectuarse con la precisión extraída de los términos del recurso de apelación. Así, la congruencia también requiere la identidad entre los términos del debate, abordado en primera instancia y la homogeneidad frente a lo solicitado en alzada, siendo que lo decisivo para no incurrir en una posible transgresión es que exista una efectiva constancia de que todos los alegatos admitidos fueron examinados plenamente por la Cámara; circunstancia que exige ponderar los aspectos concretos que se hacen presente en cada caso.

b) En relación con los puntos reprochados en el presente motivo, esta Sala denota que el aspecto referido en la primera parte del mismo no configura un aspecto de incongruencia en los términos arriba explicados, puesto que el fundamento explayado por el peticionario contiene una extraña mezcla en tanto que refiere un error basado en la inobservancia del *Principio tantum devolutum quantum appellatum*, pero al mismo tiempo se muestra inconforme porque la instancia no realizó una derivación específica al acreditar la condición de consumidor de droga del procesado, lo cual refleja otro defecto que podría ser enmarcado como un yerro de fundamentación probatoria que tampoco desarrolla adecuadamente; en consecuencia, en el tema referido a la conducta de drogodependiente del acusado no es posible advertir una línea clara de reclamo discernible en esta sede, aunado a ello, este aspecto ya fue reflexionado en el motivo de casación previamente examinado, a cuyos fundamentos se remite el postulante.

En cuanto al resto de puntos reprochados en la presente causal, consta en la resolución de alzada a [...] lo siguiente: “Después de haber examinado el presente recurso, se entrará a realizar el correspondiente estudio, de acuerdo a la prueba ofrecida y desfilada en la Audiencia de Vista Pública, por lo que este tribunal hace las siguientes consideraciones: Alega la Representación Fiscal que la fundamentación es insuficiente por el Juez Sentenciador, la Inobservancia de las Reglas de la Sana Crítica, específicamente la Razón Suficiente, señalado como precepto legal inobservado el Art. 400 N° 5, el cual expresamente señala “Cuando no se han observado las reglas de la sana crítica, con respecto a medio o elementos probatorios de valor decisivo”, también alega la inobservan-

cia o errónea aplicación del precepto legal, en cuanto a cuestiones de derecho Art. 469 Inc. 2° Pr. Pn.”.

Posterior a ello, se advierte la presencia de un examen unificado a tales vicios, no obstante el tribunal de segunda instancia omitió llevar a cabo una aclaración del tratamiento que les brindaría a las infracciones presentadas, circunstancia que -en principio-, podría generar un yerro en el actuar de la Cámara, al no clarificar la forma en que abordaría cada temática planteada; sin embargo, a criterio de esa Sala, al contar su proveído con una motivación clara y en consonancia con las reglas de la sana crítica donde aborda los puntos alegados por el apelante, no permite tener por configurado un real y concreto agravio.

Lo anterior, es advertido por esta sede a partir de la lectura a los argumentos que sustentan la existencia de cada motivo y que han sido transcritos literalmente en la resolución de alzada, pues todos atañen a una sola temática, donde la representación fiscal concretizó como inconformidad una incorrecta tipificación de la conducta atribuida al encartado, a quien se le condenó por el delito de Posesión y Tenencia, por estimar que en el juicio no concurren elementos probatorios que acrediten el autoconsumo, reclamando que existían las pruebas para acreditar la existencia de un Tráfico Ilícito, especialmente por concurrir el verbo rector “transportar”.

En atención a lo expuesto y dado el tratamiento unificado que se brindó a los vicios de apelación, en razón de la temática sobre la cual se sustentaba la génesis de los mismos, no concurre un quebrantamiento por parte de Cámara del *principio tantum devolutum quantum appellatum*. Además de ello, se aprecia una clara explicación de la alzada relacionada con la existencia del hecho acusado, pues se ha sostenido que la conducta del enjuiciado constituye una infracción penal; sin embargo, este comportamiento se estimó que afectaba únicamente a la persona del imputado y no de la salud pública, implicando esto lo innecesario de la intervención estatal, conforme al Art. 3 Pr. Pn..

En vista de todo lo explicado, este tribunal procederá a declarar no ha lugar los motivos de casación alegados por el impetrante, dada la concurrencia de suficientes fundamentos intelectivos y jurídicos que son acordes a las reglas de la sana crítica, y de los cuales es posible derivar que el fallo confirmatorio dictado por segunda instancia se encuentra motivado en legal forma.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 39C2018, fecha de la resolución: 25/05/2018*

VÁLIDA Y LEGÍTIMA LA ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO AL DETERMINARSE CLARAMENTE EL NOMBRAMIENTO Y AUTORIZACIÓN FISCAL

“El licenciado [...], en calidad de defensor particular, entre los vicios que señala alega en un primer momento, que la autorización fiscal para el uso de los agentes encubiertos no es concreta respecto de las personas que iban a intervenir en la investigación, ni tampoco estaban orientadas a investigar contra [...].

Al respecto, esta Sala advierte que lo indicado por el gestionante es una falencia, pues, consta en autos a [...] la autorización correspondiente, emitida por la Fiscalía para el nombramiento de los agentes encubiertos con clave [...], que en lo medular contiene, tal y como lo cita el órgano de segunda instancia: [...]

De igual forma, en dicha autorización se faculta a los agentes para que puedan investigar a otras personas que resultaran relacionadas en la organización criminal en la que tengan que involucrarse o introducirse, cometer delitos relativos al narcotráfico, ocultar su verdadera identidad y establecer una falsa, con el propósito de corroborar la veracidad de la información brindada por los informantes, identificar al partícipe o partícipes y recoger las pruebas necesarias. Además, se les autoriza la obtención de un teléfono para que puedan entrar en comunicación con los investigados y acercarse o penetrar en los lugares donde se llevan a cabo los ilícitos, para negociar y realizar compras controladas y así puedan verificar el hecho denunciado.

En atención a lo expuesto, esta Sala constata que la autorización a la que hace relación el impetrante, como lo sostiene la Cámara, es válida y legítima, por cuanto en ella claramente se determina el nombramiento de dos agentes encubiertos, mismos que la corporación policial posteriormente nombra a los testigos con claves [...]; así como también, autoriza se indague a todos aquellos sujetos que en el desarrollo de las investigaciones se acredite estar relacionados con la estructura criminal, como es el caso del señor [...], que si bien no es identificado como una de las personas a quienes expresamente se dirija la averiguación, pero aparece posteriormente en el desarrollo del sometimiento del ilícito que se le atribuyó, pues, fue a él a quien el testigo “Daniel” le realizó la compra controlada de la sustancia que posteriormente se comprobó era cocaína.

En consecuencia, no advirtiéndose por parte de esta sede, defecto alguno sobre el tema en discusión, procede a desestimarse lo argumentado por quien reclama.”

#### ASPECTOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LAS FACULTADES ASIGNADAS AL AGENTE ENCUBIERTO

“Por otra parte, el impetrante invoca la errónea aplicación de los Arts. 4 y 58 Inc. 1° de LRARD, por estimar que el agente encubierto con pseudónimo “DANIEL” actuó de forma espuria, sobrepasando las facultades que le fueron concedidas por la Fiscalía General de la República, ya que no podía ser un instigador en sus actuaciones en el caso designado.

Al respecto, argumenta: *“...La defensa técnica debe decir con toda honestidad que no comprende el raciocinio judicial de segunda instancia al esgrimir que no hubo fuerza, coacción o presión prohibida, porque tales presupuestos no son necesarios en la instigación, en esta figura basta invitar o motivar a la persona a la comisión del delito; en otras palabras, se tiene que sembrar la idea de comisión del delito en el indiciado, que fue lo que realmente hizo el agente encubierto “DANIEL” en la persona del procesado [...].”* (Sic).

“...en esa misma dirección se dirige la prueba documental anexa al expediente principal de [...], es perceptible que la intención del jefe fiscal es conocer desde dentro el funcionamiento integral de toda una supuesta red delictiva, tan es así que los agentes encubiertos tienen esa orden precisa y para ello unas amplias facultades para el desempeño exitoso de su faena, sobre este asunto

el Jefe de la Unidad Fiscal Especializada de Delitos de Narcotráfico en ningún momento especificó las personas de la institución policial que actuarían como agentes encubiertos, y tampoco incluyó dentro de sus atribuciones la capacidad de incitar o provocar conductas delictivas, lo que resulta una obviedad porque si los agentes encubiertos están dentro de la organización no es necesario que instiguen a sus miembros a cometer delitos porque es precisamente su modus operandi...”. (Sic). Asimismo, indica que la figura de la compra controlada en el caso de autos no cumple con los supuestos legales y doctrinales para tenerla como tal, por lo que debe declararse la nulidad de todo el juicio.

En relación a la actuación del agente encubierto -clave “DANIEL”- cuestionada por el impugnante, es indiscutible el desarrollo cuantitativo y cualitativo de la criminalidad organizada, su poder corruptor dentro de las diferentes esferas sociales e institucionales de cualquier nación, así como el peligro que encierra para la seguridad en general de todos los ciudadanos. Ante ella, los métodos convencionales de investigación resultan insuficientes para combatir sus distintas manifestaciones y su represión únicamente puede llevarse a cabo con éxito en la medida que se pueda conocer interiormente tales estructuras organizativas. Por ello, los órganos de persecución penal recurren a las operaciones de “infiltración policial”, logrando así conocer o descifrar dichas estructuras mediante la intervención en la preparación y ejecución del hecho delictivo, o por medio del establecimiento de relaciones con los previsibles partícipes del mismo.

El agente encubierto constituye sin discusión, el arquetipo básico de la infiltración policial. De tal caracterización, se desprende entonces que su finalidad es proporcionar -“desde adentro” de cualquier estructura criminal- la información que permita el enjuiciamiento de los integrantes de la asociación ilícita y su posterior disolución.

Ilustrando un poco lo que doctrinariamente se tiene acerca de la figura del agente encubierto -regulado en el Art. 4 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas- la obra “El Crimen Organizado” de Luis Alonso Brucet Anaya, editorial Porrúa, México 2001, pág. 390, expresa que: “La figura de agente infiltrado o encubierto, presupone que una persona, regularmente un Agente del Ministerio Público o de la Policía Judicial, deberá relacionarse como si fuera realmente un delincuente, aunque no lo sea, puesto que como dice el doctor García Ramírez, este actúa “bajo una excluyente de responsabilidad penal, fundada en el cumplimiento de un deber y, en su caso, la orden legítima del superior jerárquico”.

En la sentencia de casación número 25C2014, proveída el veintiocho de noviembre del año dos mil catorce, con relación a dicha figura se dijo: “...es importante acotar que la figura del agente encubierto y sus variadas formas de intervención, prevista en la referida ley, constituye un instrumento útil para el eficaz combate de los delitos ahí regulados, ya que ello permite obtener pruebas y decomisar los bienes producto del narcotráfico, desalentando la motivación delincinencial a través de otras técnicas especiales de investigación que involucran al agente encubierto, como las compras controladas y entregas vigiladas etc.; reconocidas en la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito

de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas celebrada el 19 de diciembre de 1998, que las regula en su Art. 11, para el combate del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas...”.

Ahora bien, importante también es delimitar los rasgos distintivos del agente provocador, pues la figura del agente encubierto y el provocador, son conceptos diferentes. En ese sentido, se tiene lo dicho por el Profesor Luis Fernando Rey Huidobro, a Pág. 323, de su libro “El Delito de Tráfico de Drogas”, de editorial Tirant lo Blanch, 1991, expone que : “El agente provocador (...) Podemos definirlo, siguiendo a Muñoz Sánchez, como aquél que provoca a otro a la comisión de un delito con el fin de que el autor provocado sea castigado precisamente a causa de este hecho, sin que tenga voluntad de consumación del delito y poniendo para ello las medidas necesarias”.

Y es que, el agente provocador a diferencia de aquel, con su accionar crea una oportunidad delictiva, instigando o facilitando a otras personas a que se involucren o prosigan en ella. Este tipo de intervención es totalmente ilegítima e inconstitucional y de, consiguiente toda la información que incorpore en el proceso penal no goza de valor probatorio, procediendo su exclusión.

Es importante determinar, hasta dónde llega la actuación del agente encubierto y cuándo comienza la provocación ilegítima, es decir, dónde termina el rol del miembro policial infiltrado y cuándo comienza la inducción al delito. Así, se tiene que la provocación será ilícita cuando el sujeto provocado no se disponía de modo alguno a cometer el delito; en estos casos el provocado nunca hubiera cometido la infracción de no mediar la acción inductora del agente provocador. (Véase sentencia de la Sala de lo Constitucional con referencia 5-2001/10-2001/24-2001/342002/40-2002/3-2003/10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7-2004, de la fecha veintitrés de diciembre del año dos mil diez).

Asimismo, siempre haciendo referencia a este tipo de técnica de investigación, sabido es que en esta materia resultan de utilidad las llamadas compras controladas de drogas, en las cuales se utilizan colaboradores de la policía que actúan como “agentes encubiertos”, es decir, personas que ocultando su verdadera identidad se hacen pasar por adictos para tratar de adquirir droga y reforzar, con estas diligencias, la investigación que se realiza tal y como ocurrió en el presente.

La Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en su Art. 4 define la compra controlada, como la adquisición de cualquier tipo de sustancias de las reguladas por esta ley, realizada por un agente encubierto en el transcurso de investigación, hecha en territorio salvadoreño, o fuera del mismo, de acuerdo a lo establecido en los tratados y convenios ratificados por nuestro país.

Tal regulación, determina que las drogas pueden ser compradas directamente al sospechoso por un agente encubierto; un informador puede también hacer la compra, o unidades de vigilancia pueden observar la compra realizada por un tercero. En el caso de estas operaciones interviene un agente de la ley en la compra de una sustancia controlada, siento este tipo de técnica ideal el procesamiento judicial, debido a que el traficante ha venido directamente a un agente de ley.”

AGENTE ENCUBIERTO NO SE CONSIDERA COMO PROVOCADOR, YA QUE LA ACCIÓN DE VENDER DROGA NO ES PARA INDUCIR O INSTIGAR AL COMETIMIENTO DEL DELITO SINO PARA ESTABLECER QUE EL IMPUTADO SE DEDICA AL COMERCIO DE LA MISMA

“En ese orden de ideas, trasladando lo anterior, y haciendo referencia al punto invocado por el recurrente, es necesario en un primer momento hacer una remisión al fallo de alzada para partir de los argumentos plasmados por este; al respecto, se tiene: [...]

En atención a lo expuesto, esta Sala comparte el criterio adoptado por el *Ad quem* primero, porque tal y como consta en el fallo impugnado, la acción desplegada por el agente encubierto se orienta a la compra de sustancias ilícitas que son vendidas por el acusado dentro de su giro delictivo, pues, como se acreditó en autos, el agente se comunicó con el imputado solicitando la sustancia ilícita, ante lo que respondió positivamente, indicándole el lugar de entrega, llegando el testigo “Daniel” al sitio señalado donde le pagó cincuenta dólares, procediendo el imputado a entregar la mercancía requerida; y, segundo, no se trató de un hecho aislado, de suerte que la conducta precedente del enjuiciado -que posibilita la transacción entre el agente encubierto y el acusado- no fue determinada por las acciones desplegadas por el agente, quedando el acto de la corporación policial como una diligencia corroborativa del ilícito que ya se estaba cometiendo.

En casos como el presente, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo es siempre libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición, compra o transporte de los efectos del delito, u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial; circunstancia que se refleja en el actuar del testigo “Daniel”, que llevó a cabo la compra de la cocaína y quien fuera facultado previamente por la Fiscalía para generar este tipo de actividad.

Asimismo, partiendo de lo sostenido en líneas anteriores, al hacerse referencia a la diferencia entre el agente encubierto y el provocador, resulta evidente, a partir de los hechos acreditados, que la acción desplegada por el testigo “Daniel”, no fue de inducir o instigar a que el imputado [...] cometiera el ilícito al vender la droga, sino que, fue la de establecer que éste se dedicaba al comercio de la misma.”

Por otro lado, esta Sala es categórica en sostener que el hecho que el agente encubierto -como un agente de autoridad con las autorizaciones corporativas policiales respectivas- simule ser un delincuente o delinquir como parte de las diligencias de investigación de un hecho criminal que requiera ese tipo de Técnica Especial de Investigación (TEI), esto dista mucho del supuesto de que dicho agente siembre en un sujeto la intención de efectuar un hecho punible; es decir, que instigue o provoque la comisión de un delito, lo cual no ha ocurrido en el caso *sub examine*.

En virtud de las razones acotadas, se concluye en desestimar el vicio invocado por el gestionante, por cuanto se comprobó la inexistencia del mismo.”

RECONOCIMIENTO DE PERSONAS PARA COMPROBAR LA IDENTIDAD DEL IMPUTADO NO ES OBLIGATORIO YA QUE SÓLO ES NECESARIO CUANDO EXISTEN DUDAS RAZONABLES SOBRE LA IDENTIFICACIÓN DEL AUTOR DEL DELITO

“La licenciada [...], en calidad de defensora particular, invoca como yerro la inobservancia del Art. 400 No. 1 Pr. Pn., pues, considera que la imputada no fue suficientemente identificada debido a que a los testigos claves “DANIEL” y “ANDREA” nunca les fueron mostradas fotografías, imágenes o vídeos que la identificaran como vendedora de droga, para lo cual cuestiona las actuaciones efectuadas por el Tribunal de Sentencia de Ahuachapán, tales como: [...]

Asimismo, resalta lo indicado por la Cámara al respecto: [...]

A juicio de la recurrente, la inexistencia de un reconocimiento de la imputada por medio de fotografías por parte del testigo DANIEL, genera la duda razonable en determinar si fue [...] quien le vendió la droga a éste; tampoco existe ningún acta de vigilancia en donde se le diera seguimiento a la vida cotidiana de ella, y la dirección de la indiciada proporcionada por los agentes encubiertos es errónea. Continúa aduciendo: [...]

Al respecto, esta Sala ha constatado que, contrario a lo argumentado por la recurrente, la imputada [...] si fue identificada debidamente, y no sólo por el testigo con clave “Daniel”, quien afirmó haber llegado a una tienda en la que fue atendido por la referida imputada, a quien le solicitó cocaína entregándole cuarenta dólares para compra controlada, siendo identificada el día del registro; circunstancia que fu corroborada por otros medios probatorios, tales como, el acta policial de información [...], que la reconoce física y nominalmente, acta de contacto [...], acta de come a controlada [...], en la que se hace una descripción física de la imputada. En ese sentido, se tiene que se realizó investigación de ubicación de la tienda, contacto compra controlada y que el registro de allanamiento y remisión fue en la misma dirección donde se efectuó la compra de la droga, existiendo por ello certeza sobre la identidad de la procesada.

Por otra parte, la Sala quiere aclararle a la impugnante -en consonancia con lo sostenido por la Cámara- que el hecho que no se haya llevado a cabo un reconocimiento de personas para comprobar la identidad de su patrocinada, no es obligatorio en todos los casos, pues sólo es necesario realizarse cuando existen dudas razonables sobre la identificación del autor del delito que se investiga. Al respecto Carlos Climent Durán, en su libro “La Prueba Penal”, página 1109 dice: “...Si no hay dudas, bien porque el delincuente fue sorprendido in fraganti e inmediatamente detenido (...) no es necesario el reconocimiento en rueda...”. (Sentencia 324-CAS-2005, de fecha trece de enero del año dos mil seis).

Así, es claro que el reclamo planteado por la gestionante no ha provocado dudas sobre la identificación de la imputada en los hechos investigados, pues, de la totalidad de las probanzas se llega al convencimiento que ciertamente existe una concordancia y coherencia entre la persona señalada en la investigación como autora y la descrita en el resto de elementos probatorios de carácter corroborativo. Consecuentemente, y con base en todo lo antes dicho, en el caso *sub júdice* el vicio manifestado por la reclamante no existe, por ende, su recurso se desestima.”

AUSENCIA DE QUEBRANTAMIENTO DE LA CADENA DE CUSTODIA AL VERIFICARSE QUE LA DROGA INCAUTADA AL MOMENTO DE LOS HECHOS COINCIDE CON LA INTRODUCIDA A LA VISTA PÚBLICA

“El licenciado [...], en calidad de defensor particular, siendo su petición, que la sentencia se basa en conclusiones referentes a medios probatorios que no fueron incorporados legalmente al juicio, Arts. 478 No. 2, 250, 251 y 252 Pr. Pn., en su opinión hubo una violación a la cadena de custodia, y es que tratándose de este tipo de delitos es imprescindible que cada juzgador exponga cómo y de qué manera tuvo por establecido que la sustancia incautada era nociva. Continúa sosteniendo entre sus argumentos:[...]

La doctrina y la jurisprudencia generalmente aceptan que cuando hablamos de la cadena de custodia nos estamos refiriendo a una serie de procedimientos de índole técnico y científico, relacionados con la recolección, levantamiento y aseguramiento de los indicios o la evidencia material de un suceso delictivo, el cual tiene por finalidad su introducción válida al proceso, bien como prueba material o como elemento para ser analizado y obtener de ellos datos científicos que permitan descubrir la forma en que el ilícito se cometió o la participación de sus autores.

Como se ha sostenido en resoluciones anteriores, es de trascendencia destacar la importancia que para el correcto funcionamiento del sistema penal, los diferentes sujetos que intervienen en el procedimiento cumplan a cabalidad los requisitos mínimos de seguridad en la recolección o extracción, preservación y manipulación, traslado o entrega, custodia y empaque de los objetos decomisados y muestras u otros órganos de prueba obtenidos en la escena del delito hasta la finalización del juicio, pues, no se debe perder de vista que es imprescindible para la averiguación de la verdad real, que con absoluta certeza se garantice que los elementos utilizados como prueba en la Vista Pública, han sido los mismos que se recolectaron en el lugar de los hechos.

Atendiendo lo expuesto, al examinar si el reclamo invocado por el impetrante existe, advierte esta Sala que el órgano de instancia en la providencia respectiva, sobre la misma temática desarrollada se pronunció: “...Del examen de las experticias antes mencionadas, en cuanto al peso de la droga, se extrae que en la primera el peso neto es de “0.8” y peso neto devuelto de “0.7 gramos”, en la segunda surge que el peso neto de la sustancia ilícita es de “0.689 gramos” y el peso neto devuelto es de “0.589 gramos”, existiendo una pequeña divergencia en los gramos, obviamente por las muestras tomadas por los analistas, pero no es sustancial tratándose del mismo peso...”. “...Cabe acotar que las diferencias en el peso no obliga a concluir necesariamente que se trata de una alteración en la identidad de las sustancias analizadas...”. (Sic).

Asimismo, puede observarse que si bien en el primer dictamen se habla de que la porción analizada era ERICTROXOLIN COCA, mientras que en el segundo, se concluyó que era COCAÍNA CLORHIDRATO y LEVAMISOL, era porque la prueba realizada en la primera era sobre su contenido físico y químico, y la siguiente, medía la pureza de la misma, lo cual es opuesto a lo que sostuvo el recurrente que se trataba de diferentes sustancias.

Por otra parte, se observa que, aún y cuando las hojas de traslado de evidencia no fueron ofertadas según lo indica el impetrante, los juzgadores tuvieron la certeza de que la droga incautada por los agentes encubiertos al momento de efectuar las compras controladas, es la misma evidencia que fue introducida al debate, a la que dichos agentes le realizan en un primer momento la prueba de campo, y según lo declaran, es la que custodiaron hasta el punto de ser entregada para la práctica de las respectivas experticias por los técnicos del laboratorio antinarcóticos.

De lo expuesto, este Tribunal concluye que el vicio invocado por el gestinante es inexistente, es decir, que no se observa un quebrantamiento de la cadena de custodia, principalmente porque la droga incautada al momento de los hechos coincide con la introducida a la Vista Pública, y que ponderada al resto de elementos probatorios llevaron a tener la certeza suficiente de la participación de los indiciados en los ilícitos que se les atribuyeron. En consecuencia, el reclamo debe desestimarse.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 144C2017, fecha de la resolución: 19/02/2018*

## VALORACIÓN DE LA PRUEBA

SENTENCIA ESTABLECE UNA ARGUMENTACIÓN CONTRADICTORIA Y LESIVA DE LOS PRINCIPIOS LÓGICOS DE NO CONTRADICCIÓN Y TERCERO EXCLUIDO EN LAS CAUSAS INMEDIATAS DE LA MUERTE DEL RECIÉN NACIDO

**“UNO.** Los impetrantes invocan como primer motivo de casación la *“falta de fundamentación o incorrecta utilización de las reglas de la sana crítica al momento de valorar la causa de muerte del recién nacido”*, específicamente, refiriéndose a la estimación de la autopsia y la prueba histopatológica. Dicho vicio, alegan, se encuentra regulado en el art. 478 N° 3 CPP, en relación con el art. 144 CPP. En ese sentido, señalanque: “la Cámara de la Segunda Sección del Centro de la ciudad de Cojutepeque cometió un error in procedendo al momento de valorar la causa de muerte del recién nacido, sujeto pasivo del delito, al haber discriminado abiertamente los resultados de determinados elementos probatorios periciales al momento de hacer su valoración, a la vez que tomaba otros hallazgos y los torcía o manipulaba en su labor de valoración...” (Sic).

**DOS.** Para los recurrentes, la autopsia realizada el día seis de abril del año 2016, ratificada por la declaración en juicio del perito que la practicó, doctor [...]; así como el estudio histopatológico y su ratificación en la declaración en audiencia de la perito [...], arrojaron elementos de prueba acerca de la causa de muerte de la víctima; sin embargo, la Cámara de la Segunda Sección del Centro, Cojutepeque, al valorar la evidencia desfilada y las conclusiones del tribunal de primera instancia acerca de las pericias escrutadas en la vista pública, “realizan un análisis segmentado de esta masa probatoria, ignorando unos elementos, tergiversando otros o sencillamente realizando razonamientos contrarios a la lógica, la experiencia y la psicología, discriminando selectivamente información

de descargo, fijándose o retomando únicamente pequeños elementos que son de cargo, con lo que realizan consecuentemente una fundamentación selectiva y contradictoria en lo fáctico de carácter condenatorio, y por lo tanto una fundamentación que por no ser integral y conforme a las reglas de la sana crítica, rompe el estándar constitucional que le fija nuestra carta magna”(Sic).

**TRES.** Los impugnantes relacionan extractos de las declaraciones del doctor [...] y la doctora [...], quienes realizaron la autopsia y la pericia histopatológica, respectivamente, para señalar los elementos o indicios que a su criterio ignoró el tribunal A quo, tal como se lo hicieron ver a la Cámara en el recurso de apelación, pero que ésta también decidió ignorar o tergiversar dicha información, mediante: “1) la utilización de razonamientos ambiguos y abstractos en que se generaliza lo que se debió razonar o detallar con detenimiento y 2) utilización de argumentos que tuercen o alteran la versión aportada por los doctores [...]”(Sic), sin observar las reglas de la sana crítica.

**CUATRO.** En ese contexto, exponen que: “al observar la resolución de la Cámara de la Segunda Sección del Centro de la ciudad de Cojutepeque, en que hacíamos ver las anteriores omisiones o tergiversaciones del Tribunal de Sentencia de Cojutepeque en cuanto a la causa de muerte, la Cámara respondía con razonamientos que profundizaban el error en lugar de enmendarlo o incluso tergiversando aún más la información mediante razonamientos que transgreden las más elementales reglas de la experiencia, la lógica y psicología...”(Sic). Asimismo, agregan que “ignorar las dudas o incertidumbres expresamente planteadas por los profesionales mencionados, constituye una clara vulneración al deber de fundamentar de manera integral la actividad probatoria: tanto los elementos de cargo como de descargo”(Sic).

**CINCO.-** También, los impetrantes transcriben párrafos de la sentencia confirmatoria de la Cámara, en los que advierten las supuestas generalizaciones y presunciones carentes de explicación y justificación, que conllevaron al tribunal de segunda instancia a avalar la fundamentación de la decisión de condena, como respuesta al cuestionamiento que se hizo en la alzada. La Cámara concluye que la sentencia de primera instancia se sostiene en una argumentación racional, que llena las expectativas requeridas por el legislador en los arts. 144, 395 y 397 CPP. No obstante, a criterio de los casacionistas el tribunal *Ad quem* pasó por alto la falta de certeza sobre la causa de muerte de la víctima, al no poderse determinar si se produjo debido a la aspiración de meconio al interior del útero de la madre o de la aspiración de las heces fecales en la fosa séptica. Aún cuando los peritos plantearon una causa interna y otra externa como posibles, se obvió el hallazgo de meconio y se confirmó la pena impuesta por el delito de Homicidio Agravado.

**SEIS.-** Los recurrentes señalan una “*discriminación interesada*” de la prueba por parte de la Cámara. A su criterio, de la información proporcionada por la doctora [...], el tribunal de apelación solo retoma las que favorecen a la acusación e ignora las que favorecen la tesis de la defensa. Esto, según lo exponen los recurrentes, deriva en “conclusiones chocantes” con el resto de la evidencia, puesto que la Cámara reconoce que: “la sustancia meconial encontrada fue aspirada cuando este se encontraba en el interior del útero, sin embargo, hay que

aclarar que el haber aspirado dicha sustancia no implica de manera automática la muerte del neonato (...) el aspiramiento de meconio no trae como consecuencia la muerte inmediata del recién nacido, sin embargo, se necesita con carácter urgente atención médica adecuada con la finalidad de expulsar la sustancia nociva”(Sic).

**SIETE.-** De ahí que los recurrentes denuncian un análisis errado de parte del tribunal de segunda instancia, en el sentido que la Cámara afirma “que es posible que la causa de muerte fuese la aspiración de meconio, pero luego minimiza el hallazgo, pues para ellos [...] siempre es culpable, a partir de este momento por omitir buscar la atención médica necesaria. Justo al razonar lo anterior, la Cámara no se percata que ha cambiado los hechos y la calificación de los mismos, ahora se trata de una responsabilidad por omisión, específicamente una comisión por omisión...” (Sic).

**OCHO.-** Para el tribunal de apelación, según la transcripción que se consigna en el recurso de alzada, “la acción lesiva en menoscabo de la vida del recién nacido es evidente de parte de [...], con el simple hecho de no haber buscado atención médica previo al alumbramiento, y si a esto se le agrega que evitó dar parte de su estado a personas tan cercanas como su misma progenitora, son insumos valorados en conjunto que vuelven inteligible el dolo directo, tornando clara la intención homicida de parte de la enjuiciada”(Sic). No obstante, para los impetrantes esta conclusión refleja una valoración aislada de solo una parte de las manifestaciones de la doctora [...], y aluden una conducta omisiva de la sindicada, de la cual deducen el dolo.

**NUEVE.-** Lo anterior constituye, a criterio de los recurrentes, una lectura de la prueba que “choca con el marco fáctico que el Tribunal de Sentencia de Cojutepeque acreditó y la Cámara confirmó y retomó en su página 8 y 10 (...) el Tribunal de Sentencia de Cojutepeque nunca condenó por una omisión, sino más bien por un alumbramiento en el que [...] luego de ver a su recién nacido con vida, lo lanza en la fosa séptica donde encontraría la muerte por aspiración de heces fecales (nunca se relacionó el meconio), la Cámara de la Segunda Sección del Centro de la ciudad de Cojutepeque también reconoce esta versión, cuando por ejemplo afirma, en el renglón tercero de la página ocho, que [...] “optó por lanzarlo a la fosa séptica en que se encontró” (...) en otras palabras, la Cámara maneja dos versiones de hechos como posibles, una de omisión ([...] causó la muerte del recién nacido al dejarlo asfixiarse por meconio por “no buscar asistencia inmediata”), y una segunda versión de acción (“[...], al observar el feto con vida decide lanzarlo a la fosa séptica (...) Al parecer para la Cámara, ambas son correctas y ninguna lo es al mismo tiempo...”)(Sic). En esas consideraciones de la Cámara de la Segunda Sección del Centro, los impugnantes identifican la violación del principio de congruencia entre lo probado y lo acreditado y entre lo acusado y lo resuelto; así como una violación al principio de identidad y tercero excluido.

**DIEZ.-** En ese mismo sentido, los libelistas denuncian “la utilización de una falacia de exclusión”, consistente en la exclusión deliberada de evidencia relevante, que de ser incorporada en el análisis hubiera conllevado a un estado de duda razonable. Según se expresa en el escrito impugnativo, “la Cámara comete

esta falacia al utilizar las declaraciones de la doctora [...] únicamente en lo que conviene a la versión de los hechos que se empeña en tener por demostrada (“el meconio no causa muerte inmediata, el meconio causa una condición que requiere atención médica urgente, por tanto, [...] es responsable por no buscar esta atención médica urgente”(Sic). Los casacionistas arguyen que esta versión de la Cámara entra en contradicción con evidencia existente pero descartada adrede, hechos que fueron igualmente probados: “1) E enfrentó a sus diecinueve años de edad un parto extrahospitalario, que genera grandes riesgos al recién nacido, dentro de estos el sufrimiento fetal o asfixia que puede ser dentro del útero; 2) Se trató de un parto probablemente prolongado (...); 3) durante el parto probablemente prolongado el bebé aspiró meconio(...); 4) El meconio pudo ser la razón que causó la asfixia perinatal que provocó la muerte del recién nacido, no existe certeza sobre este punto (...); 5) el meconio que posiblemente causó la muerte de la víctima por una asfixia perinatal, se presentó en cantidades abundantes...”(Sic).

**ONCE.-** El segundo motivo de casación propuesto también se invoca conforme al art. 478 N° 3 CPP. Los libelistas refieren la utilización de argumentaciones contradictorias o con falta de fundamentación, al momento de determinar la forma de realización del hecho y el dolo, en transgresión del art. 179 CPP. Pese a que ha sido expuesto de forma separada, se estima conveniente analizarlo de forma conjunta con el primer motivo, en tanto ambos recaen sobre supuestas infracciones a las reglas de la sana crítica que la Cámara cometió al momento de examinar los elementos probatorios que sustentaron la condena contra la sindicada [...].

**DOCE.-** Así, en relación a este segundo motivo, los impetrantes señalan que “*la Cámara deduce el dolo de dos hechos fundamentales: 1) [...] decidió lanzar a una fosa séptica al recién nacido cuya muerte se le atribuye; y 2) [...] no dio razón a nadie sobre la existencia del recién nacido*”(Sic). Además, hacen notar, a partir de los extractos de la sentencia de segunda instancia que transcriben, que la deducción de la Cámara deriva de afirmaciones tales como: “*a) [...] estaba consciente al momento de ingresar al hospital; b) consecuentemente a lo anterior, [...] estaba consciente al momento del alumbramiento; y c) consiguientemente a lo anterior, [...] estaba consciente para pedir auxilio y decidió no hacerlo, por lo tanto al momento del hecho existió dolo*”(Sic). Sin embargo, para los impugnantes estas afirmaciones no se deducen lógicamente de la prueba; el hecho que el meconio pueda provocar la muerte del neonato si no hay atención médica inmediata, como lo dijo la Doctora [...] y como se detalla en la “*guía clínica del recién nacido con patología*” (citada oficiosamente por la Cámara) no implica necesariamente que la imputada o cualquier otra persona haya sido la responsable de esa condición. Tampoco que la indiciada haya estado consciente, alerta y orientada al momento de que la examinan en el centro de salud, permite colegir necesariamente que estaba en ese mismo estado al momento del parto, especialmente si se tienen otros elementos de prueba, como la deposición del testigo [...], quien mencionó que observó a la sindicada al momento del hecho que “*estaba sangrando, no se podía sostener, [estaba]bien pálida...*”(Sic).

**TRECE.-** También, los libelistas traen a colación otros indicios que arrojó la prueba, los cuales no fueron considerados ni cuestionados por el Tribunal de apelación, para el caso: que la imputada desconocía la existencia de su embarazo, que pudo haber atravesado un *shock* hipovolémico al momento del parto, que el llanto del recién nacido fuera muy débil al grado que no se percató que se trataba de un alumbramiento, que un parto prolongado y tenso puede provocar la condición que le generó la muerte al neonato.

**CATORCE.-** Además, hacen alusión a que *“el más llamativo indicio que destaca la Cámara para demostrar la responsabilidad de [...] reside en la inversión de su derecho de defensa al valorar como signo incriminatorio su silencio”*(Sic), ya que para dicho tribunal la tesis incriminatoria *“toma mayor fuerza con el hecho que la enjuiciada en ningún momento contradice la misma- no declaró- tampoco brinda una versión propia de los hechos en la que explicara cómo es que el bebé terminó en el lugar en el que fue encontrado”*(Sic), con lo cual fundamentan su responsabilidad penal en una ilegítima inversión del derecho al silencio de la imputada que vulnera la presunción de inocencia.

**QUINCE.-** Para verificar los defectos de fundamentación denunciados por los impugnantes, esta Sala ha revisado las consideraciones jurídicas de la sentencia de apelación proferida por la Cámara de la Segunda Sección del Centro, con sede en Cojutepeque, que versan sobre los puntos cuestionados por la defensa en su recurso. Al analizar los reparos de apelación sobre la causa de muerte de la víctima, se tiene que la Cámara examinó la autopsia y la pericia histopatológica, así como la declaración de los médicos forenses que las practicaron y, efectivamente, la Cámara señala que *“queda acreditado que el aspiramiento de meconio no trae como consecuencia la muerte inmediata del recién nacido, sin embargo se necesita con carácter urgente atención médica adecuada con la finalidad de expulsar la sustancia nociva; no obstante ello, en el caso de autos consta que la procesada en ningún momento buscó auxiliarse de personal idóneo que brindara al neonato los procedimientos médicos adecuados para superar el impase acaecido, contrario sensu consta en el proceso que si se procuró asistencia médica para ella, auxiliándose de la señora [...] -madre de la procesada- para que la trasladara, omitiendo informar a ésta, así como al personal hospitalario, la existencia del producto acabado por nacer, descartando con ello la posibilidad de atención médica, lo que devino en el fallecimiento de éste”*(Sic).

**DIECISÉIS.-** En ese sentido, se colige que el tribunal que conoció de la apelación no ignoró o descartó el hallazgo de meconio en los pulmones del recién nacido. Al contrario, admite la existencia de meconio y reconoce que puede causar la muerte si no se succiona inmediatamente la *“boca, nariz y faringe después del parto de cabeza, pero antes del parto de hombros”*, tal como lo señala en la sentencia, auxiliándose de un protocolo de atención médica denominado *“Guía Clínicas del Recién Nacido con Patología”*. No obstante, se advierte un quiebre lógico en su razonamiento, al intentar establecer un curso causal de los hechos en el que se le atribuye responsabilidad a la encausada [...] sobre la causa de muerte de su hijo, ya que su proceso inferencial adolece de afirmaciones no acreditadas y especulaciones que no se condicen con los elementos de prueba obtenidos.

**DIECISIETE.-** Específicamente se observa que en su análisis la Cámara da por sentado que la procesada tenía pleno y previo conocimiento de su estado de gravedad, cuando es una circunstancia que no fue comprobada fehacientemente por ningún medio de prueba. A partir de esa presunción de conocimiento del embarazo, sin una razón suficiente para sostenerla, el tribunal *Ad quem* asume también que la falta de atención médica inmediata se debió a una aparente omisión deliberada de la parturienta, como parte de su plan homicida. Tal proposición es evidentemente especulativa, ya que no se encontraron indicios suficientes que apuntasen a que la sindicada no acudió voluntariamente a un centro médico con el firme propósito de que su hijo no recibiera la atención adecuada para su patología perinatal.

**DIECIOCHO.-** Como se advierte, la Cámara se refiere únicamente a lo que aseveran los apelantes sobre el supuesto estado de inconsciencia de la encausada, pero sin remitirse a la prueba producida, cuyo contenido debía examinar al momento de verificar los defectos de fundamentación alegados en la alzada y la valoración probatoria del tribunal de primera instancia. Además, se observa que su argumento se vuelve incongruente y su razonamiento carente de logicidad desde el momento que está calificando el estado o situación de la encartada en dos momentos diferentes: uno, el que corresponde a instantes posteriores al parto; y otro, al momento de ser atendida en el centro hospitalario. Por consiguiente, si lo que la Cámara está aseverando es que la indiciada no buscó la asistencia médica inmediata requerida, debía auscultar si dicha imputada, al momento del parto, o inmediatamente posterior a éste, se encontraba en condiciones para guardar el debido cuidado del recién nacido y buscar por su propia cuenta que se le brindara esa asistencia médica. Sobre ese momento inmediato al alumbramiento es que expresaron los testigos mencionados que la sindicada se encontraba pálida, débil, inconsciente, aturdida, desmayada y que no reaccionaba a causa de la hemorragia. Pero la Cámara desvirtúa la condición inerte e inconsciente de la sindicada después del parto, tomando como referencia el estado de la procesada en un momento ulterior, en el cual su condición pudo mejorar o empeorar, según las circunstancias.

**DIECINUEVE.-** La defensa técnica de la imputada señaló en el recurso de apelación que la juzgadora de primera instancia había restado valor al hallazgo de meconio en los bronquios de la víctima. Para la Cámara, que la juzgadora *A quo* no haya estimado esa información como relevante no constituye un defecto de fundamentación, en tanto que la aspiración de meconio no provoca automáticamente la muerte, pues, según lo explicó la doctora [...], si un neonato aspira meconio en el útero o durante el parto, tiene posibilidades de sobrevivir si recibe atención médica inmediata. En ese orden de ideas, el tribunal de apelación sostiene que la conducta omisiva de la procesada al no buscar prontamente la asistencia médica devino en el fallecimiento del mismo. Este razonamiento de la Cámara vulnera el principio de razón suficiente, en tanto otorga a la indiciada una posición de garante de la vida de su hijo por sobre su propia integridad personal, presumiendo que ésta sabía de antemano que estaba embarazada y que conocía los efectos que acarrearía la falta de asistencia médica inmediata a su hijo, sin tomar en cuenta la información que comprueba que atravesó por un

parto no asistido y que sufrió una hemorragia vaginal a causa del mismo, que conllevó a una caída de la presión arterial y posiblemente un shock hipovolémico, según lo menciona la perito[...].

**VEINTE.-** En ese sentido, llama la atención la exigibilidad de una conducta diferente que se encuentra latente en el argumento de la Cámara, únicamente basada en la vinculación filial entre la sindicada y la víctima, en tanto no se acreditó con la prueba aducida que la sindicada tuviera conocimiento científico suficiente para saber que su hijo había aspirado meconio durante el parto, que ese meconio debía ser succionado inmediatamente para que no le causara la muerte por asfixia, que para ser succionado debía procurar ayuda médica inmediata, cuando la misma Cámara para llegar a ese discernimiento ha debido auxiliarse con las “Guías Clínicas del Recién Nacido con Patología” y la explicación de peritos médicos forenses, para comprender los efectos y el tratamiento para el mencionado padecimiento perinatal. Tampoco se comprobó fehacientemente que la imputada se encontraba en condiciones físicas y psicológicas óptimas para comprender esa situación, cumplir con esa función de garante y buscar la asistencia necesaria.

**VEINTIUNO.-** No obstante ello, el tribunal de segunda instancia estimó: *“ésta efectuó conductas insidiosas que al analizarlas en su conjunto no es difícil concluir que la intención era causar la muerte del neonato (...) a manera de ejemplo se puede citar: que ante los síntomas de alumbramiento no se apersonó a la unidad de salud o establecimiento, clínico más cercano”*(Sic). Por lo que considera esta Sala que los mencionados razonamientos de la Cámara no tienen una derivación lógica, ya que no está constituido de inferencias razonables ni coherentes con la prueba vertida en el juicio, sino que parten de presunciones especulativas de producción propia del tribunal *Ad quem*.

**VEINTIDÓS.-** A partir de lo anterior, se advierte que la Cámara lejos de verificar la fundamentación fáctica que informa la sentencia condenatoria de primera instancia, y determinar si cumplía con las exigencias de motivación y la observancia de las reglas de la sana crítica, tal como se solicitó en el recurso de apelación, genera una versión distinta de los hechos, un nuevo cuadro fáctico en el que *“...el recién nacido perdió la vida a consecuencia de acciones sobrevenidas por la madre de éste antes, durante y después del parto, truncando la posibilidad de recibir oportuna asistencia médica, lo que devino en su deceso...”*(Sic), cuando los hechos que se tuvieron por acreditados en primera instancia indicaban que: *“...la acusada es la responsable de haber lanzado al recién nacido en la fosa séptica en donde al aspirar material fitógeno le produce la asfixia la cual consecuentemente lo lleva al colapso de otros órganos...”*(Sic).

**VEINTITRÉS.-** Aquí se advierte que la argumentación del tribunal de segunda instancia tiene un quiebre en su línea derivativa, incurriendo en consideraciones contradictorias. Pues, al atender los cuestionamientos de los apelantes respecto que la juzgadora pasó por alto el hallazgo de meconio en los pulmones al hacer su valoración y estimación de los hechos, la Cámara opta por desmontar dicha omisión de ponderación bajo el argumento que un neonato que ha aspirado meconio recibe asistencia médica inmediata tiene posibilidades de sobrevivir, pero debido a que la encausada no llevó un control prenatal ni buscó ayuda mé-

dica inmediatamente después del parto, esto produjo la muerte de su hijo; y que la acción de lanzarlo a la fosa séptica fue sobreviniente con *“la doble intención primero de que perdiera la vida y segundo ocultar el cuerpo del delito...”*(Sic).

**VEINTICUATRO.-** Es decir, que la Cámara Seccional considera por un lado que la muerte se debió al ocultamiento del embarazo y por no procurar atención médica inmediata a la víctima para que le succionaran el meconio; por otro, que la muerte se produjo por la acción de la procesada de lanzar a su hijo a la fosa séptica, con la intención de que perdiera la vida y además de ocultar el hecho. Una conducta omisiva y otra activa, dos versiones diferentes, pero ambas señaladas como las causas inmediatas de la muerte del recién nacido en la misma sentencia proferida por la Cámara, lo cual denota una argumentación contradictoria y, por ende, lesiva de los principios lógicos de no contradicción y tercero excluido que informan las reglas de la sana crítica.”

INTENCIÓN HOMICIDA DE LA IMPUTADA CARECE DE UNA PREMISA RAZONABLE QUE LO SUSTENTE PORQUE NO SE ACREDITÓ EL CONOCIMIENTO DEL EMBARAZO Y LAS CONDICIONES FÍSICAS Y PSICOLÓGICAS

**“VEINTICINCO.-** En cuanto al segundo motivo de casación planteado, relativo a la inobservancia de las reglas de la sana crítica y falta de fundamentación al deducir la forma de realización del hecho y el elemento subjetivo del dolo, se observa que la Cámara sostiene: “que la procesada estaba embarazada de treinta y dos semanas, que ella dio a luz el día seis de abril de dos mil dieciséis, que el producto murió, además apareció en la fosa séptica y que el deceso de éste se debió a causa de neumonía aspirativa, a la luz de los referidos hechos incontrovertidos no resulta difícil luego de un análisis general de los mismos llegar a la conclusión que existe certeza que fuera la imputada quien lanzara al neonato a la fosa séptica, dicha teoría toma mayor fuerza con el hecho que la enjuiciada en ningún momento contradice la misma -no declaró-, tampoco brinda una versión propia de los hechos en la que explicara cómo es que el bebé terminó en el lugar en que fue encontrado, es decir un contra indicio que explique los hechos (...) la imputada no aporta datos en su favor que acuerpen la versión de los defensores, por tal razón no queda más que deducir en su desmedro la realización de la conducta antes apuntada...”(Sic).

**VEINTISÉIS.-** De lo anterior se advierte que el tribunal de segunda instancia enuncia una serie de hechos que estima que fueron probados en juicio y que no fueron controvertidos. En relación a ellos, afirma haber realizado un *“análisis general”*, sin embargo, no hay constancia de ese supuesto análisis, es decir, del examen que hizo de los elementos de prueba y del proceso inferencial a través del cual el tribunal de apelación a partir de ellos llegó a la conclusión de que la imputada fue quien lanzó al neonato a la fosa séptica. Esto constituye una vulneración al principio de razón suficiente, por cuanto se afirma algo sin que exista un respaldo, una razón que explique el porqué se llegó a esa conclusión, exigencia que no se colma con la mera indicación de hechos probados sin ninguna hilvanación, ya que el tiempo de gestación, la fecha del parto, el hallazgo del cadáver y la causa de muerte, son hechos que no indican *per se* la acción de arrojar,

tampoco que necesariamente haya sido la imputada, partiendo de otros datos que también fueron acreditados referentes a que en la hora y fecha del suceso, se encontraban en el lugar la madre y el hermano de la sindicada, asimismo, que tampoco se comprobó de forma certera que el parto ocurrió en un lugar distinto al sanitario de fosa.

**VEINTISIETE.-** Por otra parte, deducir la intención homicida del hecho que *“al sentir los síntomas del alumbramiento no se apersonó a la unidad de salud o establecimiento clínico más cercano (...) además nunca dio razón a nadie sobre la existencia del recién nacido”*(Sic), es un argumento de la Cámara que carece de una premisa razonable que lo sustente, pues, no se acreditó fehacientemente que la sindicada conocía ciertamente que estaba embarazada e ignora la condición post-parto de la misma. Asimismo, no se contó con elementos suficientes para establecer si la encausada se encontraba en condiciones físicas y psicológicas para procurarle a la víctima la atención médica con la inmediatez requerida, según su patología perinatal. Los únicos elementos que se tienen en ese sentido, apuntan a que seguidamente al parto la imputada sufrió una hemorragia vaginal, que su falta de reacción, debilidad y desmayo, son signos propios de una baja presión por pérdida de sangre.”

SILENCIO DEL IMPUTADO ES UN DERECHO FUNDAMENTAL Y CONSIDERARLO COMO UN INDICIO DE CULPABILIDAD SUPONE UNA VULNERACIÓN A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

**“VEINTIOCHO.-** Además, sostiene el tribunal *Ad quem* que la conclusión a la que llegó -que la imputada fue quien lanzó a su hijo recién nacido al lugar donde fue hallado- se refuerza por el silencio de la imputada, porque ella no rindió su declaración ni aportó contra indicios. Es decir, que la Cámara considera, erróneamente, que el derecho de los justiciables a no declarar, protegido constitucionalmente conforme al art. 12 Inc. 2 CN., constituye un hecho incriminatorio a ser valorado en detrimento de la procesada. No obstante, resulta imperioso aclarar que el silencio del imputado es un derecho fundamental, y considerarlo como un indicio de culpabilidad supone una vulneración al mismo y por consiguiente a la presunción de inocencia. Tampoco su falta de declaración durante la instrucción o la vista pública puede entenderse como una renuncia del sindicado a defenderse, sino una manifestación de su derecho de defensa material. En ese sentido, la interpretación de la Cámara supone una restricción de ese ámbito de protección constitucional y, por tanto, debe rechazarse como argumento para fundar la culpabilidad de la encausada.

**VEINTINUEVE.-** En razón de las consideraciones anteriores, colige esta Sala que en la decisión de la Cámara de la Segunda Sección del Centro, Cojutepeque, son evidentes los vicios de fundamentación y la inobservancia de las reglas de la sana crítica, invocados por los impetrantes como primero y segundo motivos de casación, por haberse advertido que los argumentos esgrimidos por la Cámara, en cuanto a la valoración de las pericias que establecieron la causa de la muerte y en la deducción del dolo, vulneran los principios lógicos que rigen la correcta derivación del pensamiento. Estos defectos *in procedendo* tienen

como consecuencia la anulación de la providencia que los padece y la necesidad de reposición del acto procesal, que en este caso constituye el análisis y resolución del recurso de apelación presentado.”

#### VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROCESAL POR HABERSE APARTADO LA CÁMARA DE LO PEDIDO

**“TREINTA.-** Aún cuando ya se ha establecido la necesidad de anular la sentencia impugnada en razón de los dos primeros motivos de casación denunciados, se estima necesario examinar también el tercer motivo invocado como “inobservancia de las reglas relativas a la congruencia”, conforme al art. 478 N° 4, en relación con el art. 397 CPP. Según los casacionistas: “tanto el Tribunal de Sentencia de Cojutepeque, como la Cámara de la Segunda Sección del Centro, Cojutepeque, ignoraron los hechos esenciales que sirvieron de base a la acusación, y ambos tribunales adicionaron un marco fáctico distinto, y contra el que consecuentemente esta representación no pudo defenderse”(Sic).

**TREINTA Y UNO.-** Se advierte que esta supuesta vulneración a las reglas relativas a la congruencia fue planteada por la defensa en el recurso de apelación como vicio de la sentencia. Al respecto, la Cámara señaló: “según los recurrentes la proposición fáctica que la imputada hubiera lanzado al recién nacido a la fosa séptica, es una hipótesis que no fue planteada en la acusación, tal postura resulta insustancial, ya que como sobradamente se ha explicado en párrafos anteriores el recién nacido perdió la vida a consecuencia de acciones sobrevenidas por la madre de éste antes, durante y después del parto, truncando la posibilidad de recibir oportuna asistencia médica, lo que devino en su deceso; en ese sentido, el que se plasmara o no dicho fragmento en la teoría fáctica no viene en detrimento de la acusación ni mucho menos de la imputación, la enjuiciada no declaró en juicio (...) por lo cual la infracción expuesta se torna inexistente...”(Sic).

**TREINTA Y DOS.-** Para los casacionistas, “el error principal al valor la congruencia de la sentencia en primera instancia por parte de la Cámara de la Segunda Sección del Centro de la Ciudad de Cojutepeque fue afirmar que “el que se plasmara o no dicho fragmento en la teoría fáctica no viene en detrimento de la acusación ni mucho menos de la imputación, la enjuiciada no declaró en juicio” (...) En principio, lo que tiene que valorarse en el vicio de congruencia es si el cambio del marco fáctico perjudica o daña los intereses de la defensa o del imputado, en lugar de afirmar que un cambio es válido porque no viene en detrimento de la acusación ni mucho menos de la imputación”(Sic).

Efectivamente, como lo señalan los impetrantes, el principio de congruencia procesal 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 alegados por las partes. En el recurso de apelación lo que se estaba aduciendo es que se habían tenido por acreditados algunos hechos circunstanciales que no habían sido acusados. No obstante, la Cámara en lugar de verificar la correspondencia en el marco fáctico de la acusación y la sentencia de condena, es decir, la identidad de hechos acusados y probados, en el sentido de determinar si hubo una modificación que

hubiera afectado el derecho de defensa, se aparta de lo pedido y desvirtúa el señalamiento bajo la reiteración de la versión de los hechos aducida en segunda instancia.

**TREINTA Y TRES.-** En ese sentido, lo que se advierte es que la Cámara incurre en un nuevo defecto de fundamentación, conforme al art. 478 N° 3 CPP, en tanto su respuesta se aleja del objeto de la pretensión de los recurrentes. La postulación de los apelantes consistía en que, conforme a lo dispuesto en el art. 397 CPP, el Ad quem revisara y cotejara los cuadros fácticos de acusación y de la sentencia, en aras a determinar si hubo alguna variación que menguara el derecho de defensa o si por el contrario los hechos acreditados eran distintos a los acusados como resultado de la prueba producida. Sin embargo, la Cámara se limita a exponer los supuestos fácticos que conforman su propia versión de los hechos a partir de la revalorización de las probanzas. Dicho yerro de fundamentación también vuelve imperiosa la anulación del proveído de segunda instancia, a efecto que otro tribunal pueda dar la respuesta adecuada a los vicios que se han advertido en la presente.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 433C2017, fecha de la resolución: 26/09/2018*

## VIDEO GRABACIÓN DE LA VISTA PÚBLICA

### CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS NULIDADES

“El recurrente argumenta en el primer motivo de impugnación, que la Cámara al resolver condenar a su representada ha vulnerado el debido proceso y el derecho de defensa que conlleva a una nulidad absoluta, ya que no ha considerado al momento de valorar la prueba que la única forma de inmediatez dicha evidencia es a través de la video grabación de la vista pública, el cual fue ofertado al contestar el recurso de apelación, según el impetrante dicho ofrecimiento lo realizó a efecto de que la Cámara pudiera verificar el desarrollo del juicio, resultando que según expone la alzada en su proveído, dicha grabación se ha extraviado.

Este tribunal considera que el motivo debe ser desestimado, conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes.

Inicialmente, es oportuno mencionar algunas consideraciones generales sobre las nulidades. La nulidad, es una consecuencia jurídica que puede aplicarse a todo acto procesal que adolece de alguna ilicitud o en su caso de una irregularidad y debe aplicarse como último recurso, sólo cuando no haya otra solución, por lo tanto se debe tener claro que no es la única respuesta que puede darse ante un posible acto defectuoso y que habrá que analizar caso por caso y dependiendo de las particularidades, así habrá que buscarse la solución, ello es así porque no es lo mismo estar frente a un acto irregular, que ante un acto ilícito; el acto irregular es un acto llevado a cabo contrariando las formas que la ley secundaria regula, o como dice la doctrina autorizada en la materia es “aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y practica de los elementos de

prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta al procedimiento previsto por la ley” (Martín Pallín, J. A., “La Prueba Ilícita o Espuria en Materia Penal” pág. 218); en cambio el acto ilícito es el que se practica contrariando ya no sólo las meras formas, sino derechos constitucionales; al respecto tenemos jurisprudencia comparada como es una sentencia del Tribunal Supremo español, en donde expresó: “Como ha señalado reiteradamente esta Sala, el Art. 11.1 de la L.O. P. J., establece con claridad que “en todo tipo de procedimientos no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo, o indirecto, pretende, en primer lugar, otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, en segundo lugar, ejercer un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los responsables de la investigación criminal” (Ref. 593/2012, sentencia No. 301/2013 de fecha dieciocho de abril del año dos mil trece, ponente Magistrado Conde-Pumpido Tourón).

En consonancia con lo anterior, ante un acto defectuoso, la actividad jurisdiccional puede estar orientada a repararlo, convalidarlo o anularlo, todo dependerá del tipo de irregularidad o ilicitud. Ahora bien, la actividad procesal defectuosa, está sujeta a una serie de presupuestos, los cuales pueden ser inferidos de forma directa o indirecta del art. 345 Pr.Pn, que bajo el epígrafe “Principios Generales”, reza: “Ningún trámite ni acto de procedimiento será declarado nulo, si la nulidad no está expresamente determinada por la ley; y aún en este caso no se declarará la nulidad si apareciere que el defecto que la motivó no ha producido ni puede producir perjuicio o agravio al derecho o defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se ha establecido.

“La nulidad de un acto cuando sea declarada, invalidará sólo los actos posteriores que dependan de él, siempre que la invalidez sea indispensable para reparar el agravio de la parte que lo alega. Al declararla, el juez o el tribunal determinarán, además, a cuales actos anteriores o contemporáneos alcanzan la nulidad por conexión con el acto anulado. Bajo pretexto de reponer los actos anulados, no podrá retrotraerse el proceso a fases precluidas, salvo cuando ello resulte inevitable”.

“Declarada la nulidad deberá procederse a la reposición del acto siempre que sea posible, renovándolo, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido...”.

En la citada disposición legal, se logran verificar los presupuestos que operan en materia de actividad procesal defectuosa, los cuales son: Taxatividad: en virtud del cual, únicamente se declarará la nulidad de un acto ilícito o irregular, en los casos que la ley procesal lo estipule. Dicho presupuesto se encuentra consignado en la parte primera del art. 345 Pr.Pn. Trascendencia: indica que, no todo acto ilícito o irregular que esté sancionado en la ley con nulidad, será objeto de la misma, sino únicamente cuando el defecto cause un grave perjuicio. Ese principio se encuentra consignado en la última parte del inciso primero de ese artículo. Conservación: en atención al cual, solo se declarará la nulidad de un acto procesal defectuoso, cuando sea imprescindible para restablecer los derechos de la parte perjudicada, es decir, preservando la validez de los actos

independientes del defectuoso. Ese requisito se encuentra impregnado en el inciso segundo de ese artículo. Subsanación: que sostiene la subsistencia del acto defectuoso, a través de la respectiva convalidación en los caso que la ley señala. Proporcionalidad: en atención al cual, la consecuencia jurídica debe ser acorde al defecto o vicio procesal, no siendo excesiva aquella.”

NO TODA IRREGULARIDAD PROCESAL CAUSA POR SI MISMA UNA NULIDAD DE AC-  
TUACIONES, SINO SOLO AQUELLA QUE HAYA PROVOCADO UNA EFECTIVA INDEFEN-  
SIÓN MATERIAL DE RANGO CONSTITUCIONAL

“Expuestas las consideraciones anteriores corresponde examinar si el im-  
petrante goza de razón en lo alegado, para lo cual es necesario examinar el pro-  
veído de la Cámara y analizar si la alzada ha violentado algún derecho, principio  
o garantía constitucional que derive en una nulidad absoluta, al haber valorado  
la prueba testimonial, documental y pericial sin inmediar la misma a través de la  
video grabación de la vista pública,

A [...] del proveído de Cámara, se puede observar que la defensa técnica al  
contestar el recurso de apelación solicitó que se les admitiera como prueba en  
segunda instancia la grabación magnetofónica de la vista pública, no indican-  
do que pretendía establecer con dicha grabación, pues los Arts. 465 y 466 del  
Código Procesal Penal, regulan que se debe señalar concretamente el hecho  
que se pretende probar, lo cual va en sintonía con el Art. 359 inciso final Pr. Pn.,  
que prevé una regla general que dice: “toda clase de prueba será ofrecida con  
indicación de los hechos o circunstancias que se pretendan probar, bajo pena  
de inadmisibilidad”, en ese orden, las normas procesales deben interpretarse  
sistemáticamente; sí ello es así y no se cumplió con tal presupuesto, la graba-  
ción magnetofónica y video de la vista pública no tendría por qué ser admitida  
por la Cámara, pues no es automática su admisión, y de hecho no consta algún  
pronunciamiento sobre su admisión.

Lo que si consta a [...], es que el tribunal de segundo grado expresa: “...  
esta Cámara solicitó al Tribunal de Sentencia de la Unión, mediante oficio [...],  
remitiera la grabación audiovisual del Juicio (...) en contra de la imputada CPA  
(...) habiendo recibido a las [...], vía fax el oficio [...] remitido por el Tribunal de  
Sentencia de la Unión, en el que se hace constar que: “Es el caso que se buscó  
en la carpeta de los archivos de grabaciones que están en la computadora de  
la Sala de Audiencias de este Tribunal, la causa antes referida, de la cual no se  
encontró ningún archivo de la grabación audiovisual” en razón de lo anterior los  
Suscritos procedimos a dictar la correspondiente sentencia únicamente del estu-  
dio del expediente, valorando la prueba pericial, documental y testimonial, para  
arribar al fallo condenatorio que debe pronunciarse...” (Sic.)

En relación a lo anterior, esta Sala considera que el hecho que la Cámara  
haya resuelto condenar a la procesada sin contar con la grabación magnetofó-  
nica no constituye ningún tipo de nulidad, ya que en principio para “valorar” una  
prueba antes hay que admitirla y para admitirla la parte procesal que la ofreció  
debió cumplir con el requisito que la ley señala para su ofrecimiento, si todo ello  
no se cumplió no puede invocarse la existencia de un agravio; por otra parte aun

en el supuesto hipotético que el recurrente hubiese dicho qué pretendía probar con el ofrecimiento de la referida grabación y esta hubiese sido admitida explícitamente por la Cámara; véase que es falso que el tribunal de segundo grado siempre y de forma absoluta en todos los procesos que conoce tenga que observar y escuchar la grabación de la vista pública, eso se hará para determinados supuestos, resultando que en todo caso no se estaría ante una ilicitud, sino una eventual irregularidad y no toda irregularidad procesal causa por sí misma una nulidad de actuaciones, sino sólo aquella que haya provocado una efectiva indefensión material de rango constitucional, y por lo tanto, trascendente de cara a la resolución del caso. En ese sentido al constatar la Cámara, la inexistencia de grabación manifestada por el Tribunal de Sentencia de la Unión, como es correcto procede analizar la sentencia junto con las pruebas que en la misma se relacionan, no obstante, considerándola para el caso como de suficiente. Siendo esta sede del criterio, en lo relativo a los efectos de la inexistencia de grabación, que se consagra el principio de conservación del proceso judicial en la medida en que el juicio queda documentado por medio del acta de vista pública y la sentencia de primera instancia, ubicándose la primera a [...] y siguientes, donde se recoge con enorme amplitud el contenido esencial de las pruebas practicadas, por lo tanto, no se ha producido una indefensión material de la encartada que resulte trascendente a nivel constitucional para la resolución del conflicto planteado.”

PRESENTACIÓN PODRÍA SER TRASCENDENTE DEPENDIENDO DEL MOTIVO DE IMPUGNACIÓN Y DEL AGRAVIO QUE EL RECURRENTE O QUIEN LA OFRECE PRETENDE PROBAR

“En cuanto a la grabación de los juicios, se ha pronunciado la doctrina sosteniendo: “Resulta, pues, que aún sin las fluorescencias innovadoras del DVD, lo verdaderamente funcional a la jurisdicción de segunda instancia...es el acta -obviamente literal- de lo acontecido en el juicio, porque permite el acceso mejor, por menos expuesto al subjetivismo incontrolado del juez, a los datos más fiables”. Perfecto Andrés Ibáñez, Artículo: Juicios en DVD, de fecha diecinueve de mayo del año dos mil seis.

Referente a las resoluciones de segunda instancia, dicho jurista y Magistrado del Tribunal Supremo español señala: “Siendo así, y tomando como punto de partida de la segunda instancia una correcta y fiel documentación de lo acontecido en la primera y una sentencia motivada con el necesario rigor, la falta de ese contacto original con una parte del material probatorio, no representaría un obstáculo insalvable para la racional valoración de su rendimiento por otro tribunal”. Perfecto Andrés Ibáñez, “Sobre el Valor de la Inmediación, (Una aproximación Crítica). Pág. 16.

En jurisprudencia comparada, se cuenta con la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo español bajo Ref. 493/2012, de fecha veintitrés de julio de dos mil doce, en donde en un caso similar al que nos ocupa analizó lo siguiente: “SEGUNDO. 1. La cuestión pertinente a los efectos en el proceso de un eventual defecto en la grabación ha sido tratada por esta Sala en su jurisprudencia recién-

te. Una síntesis de la misma puede quedar expuesta de la siguiente forma. La sentencia de 22 de diciembre de 2009, No 1591, 2005, con un afán sistematizador del cuerpo de resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales, puntualiza que resolución de posible nulidad de actuaciones por defecto de grabación no es general ni unívoca, sino que debe adaptarse al caso concreto en que se produce la infracción (...) Por lo general, se destaca la naturaleza estrictamente procesal que presenta la cuestión de la posible nulidad de actuaciones por defecto de grabación, requiriéndose para su desarrollo que el motivo sobre el que se funda el recurso precise mínimamente en qué consiste la indefensión material de los recurrentes en función de datos concretos no recogidos en el acto que documentó el juicio. En parecido sentido, en la sentencia de 20 de febrero de 2012 No 54, 2010, se declara que no toda irregularidad procesal causa por sí misma la nulidad de actuaciones, sino aquella que haya supuesto una efectiva indefensión material, y por lo tanto, trascendente de cara a la resolución del pleito, así la carga de la parte recurrente de precisar en qué ha consistido la indefensión material provocada por esa circunstancia. 2. De lo expuesto cabe concluir que la doctrina jurisprudencial de esta Sala, en lo relativo a los efectos de un eventual defecto de grabación, consagra el principio de conservación del proceso judicial en la medida en que la vista pública pueda documentarse por medio del acta realizada por el secretario, y no se produzca una concreta indefensión material de las partes que resulte trascendente para la resolución del conflicto planteado; principio que tiene su fundamento tanto en la valoración de la nulidad de actuaciones como una medida de carácter excepcional, así como de su debida calificación e interpretación restrictiva”.

Del análisis realizado por esta Sala, al igual que la jurisprudencia comparada antes citada, una video-grabación de la vista pública podría ser trascendente, dependiendo del caso concreto, pero lo que no se puede afirmar que lo sea para todos los casos, como se indicó anteriormente dependerá del motivo de impugnación y del agravio que el recurrente o quien haya ofrecido la misma, haya configurado para poder afirmar que en efecto hay afectación al derecho de defensa y en consecuencia una posible nulidad, pero en el caso que nos ocupa, ni se motivó que se pretendía probar o acreditar con la video-grabación y al no contar la Cámara materialmente con la misma, el tribunal de segundo grado no podía entrar a admitir una video-grabación con la que no contaba y por ende bajo el método de la supresión mental hipotética al no haber cumplido con el deber de motivar que pretendía probar, el extravío o el no contar con la grabación el agravio no procede.”

LA LEY NO CONTEMPLA QUE LA FALTA DE ACTA DE GRABACIÓN SE SANCIONE CON NULIDAD O CON ALGUNA CONSECUENCIA QUE VUELVA NULA LA VISTA PÚBLICA O DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL QUE LA DICTÓ O DE UN TRIBUNAL DE SEGUNDO GRADO

“Sumando a lo antes expuesto el Art. 403 del Código Procesal Penal, se denomina “Valor del acta de grabación” y dice “El acta y la grabación demostraran, en principio, el modo como se desarrolló la audiencia, la observancia de las

formalidades previstas para ella, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo. La falta o insuficiencia de las enunciaciones previstas en el acta o la grabación, no produzcan por sí mismas, un vicio de la sentencia; sin embargo, se podrá probar un enunciado faltante o su falsedad, recurriendo a otros medios de prueba para demostrar el vicio que invalida la decisión. En este caso, se indicará la omisión o la falsedad al interponer el recurso”.

Del análisis de dicha disposición se desprenden dos situaciones, una de ellas es que una cosa es que se grabe la vista pública, como una forma de preservar un acto procesal al igual que se hace al levantar una acta de vista pública, contando así con dos tipos de respaldo, y otra muy diferente es que esa grabación pueda ser ofrecida por una de las partes; véase que son dos aspectos totalmente diferentes, en ese orden de ideas, la falta de grabación “en principio” tal como lo regula el citado artículo 403 Pr. Pn., la ley no lo sanciona con nulidad o con alguna consecuencia que vuelva nula la vista pública o en su caso una sentencia del tribunal que la dicto o de un tribunal de segundo grado, no es así; con ello no se está diciendo que dependiendo del caso, pudiera existir una eventual nulidad, pero ello dependerá de la configuración del motivo de impugnación que se alegue y del agravio que se motive, lo cual no ha existido en el presente caso.

Por todo lo anterior, este Tribunal casacional considera, que habiendo resuelto la Cámara de la Segunda Sección de Oriente, tomando como base las pruebas relacionadas en el acta de vista pública y en el texto de la sentencia de primera instancia, el tribunal no ha cometido ninguna violación a los derechos fundamentales de la enjuiciada que conlleve a la nulidad, por el contrario, ha actuado conforme a las facultades resolutorias del Art. 475 Pr.Pn., por lo tanto, no se ha configurado el vicio alegado y este será desestimado.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 172C2017, fecha de la resolución: 21/05/2018*

## **VOTO DISIDENTE DEL MAGISTRADO RAMÓN IVÁN GARCÍA**

### **RECURSO DE CASACIÓN**

REENVÍO PUEDE DAR LUGAR A UN CÍRCULO INFINITO DE PERSECUCIÓN, PERJUDICANDO SEVERAMENTE LA CONDICIÓN DE INSEGURIDAD JURÍDICA DE LA PERSONA PROCESADA

“El suscrito, luego del estudio a la propuesta de sentencia facilitada por medio de la Secretaría de la Sala de lo Penal, cuya decisión es la declaratoria de no haber lugar a casar la sentencia de mérito, por no existir los agravios invocados por el licenciado [...], en el escrito de casación presentado, según recurso de Casación invocado por la Defensa Técnica particular de la imputada [...] contra el fallo emitido por la Cámara de la Segunda Sección de Oriente con sede en Usulután, a las [...], mediante el cual se revocó la sentencia absolutoria pronunciada por el Tribunal de Sentencia de la Unión, a las [...], a favor de dicha imputada, quien fue acusada por el delito de Homicidio Agravado, de acuerdo a lo previsto y sancio-

nado en los Arts. 128 y 129 N°. 1 del Código Penal, en perjuicio del derecho a la vida de una recién nacida; deja constancia de su desacuerdo con la anunciada decisión mayoritaria, el cual se sustenta en los argumentos siguientes:

1°) Ha sido mantenida la posición de esta Sala, en cuanto afirmar que el recurso de Casación únicamente procede contra las sentencias definitivas y autos que pongan fin al proceso o a la pena, hagan imposible que continúen las actuaciones o denieguen la extinción de la pena, dictados o confirmados por el Tribunal que conozca en Segunda Instancia, según se desprende de la literalidad del Art. 479 CPP, mas no así contra las sentencias que ordenen el reenvío.

2°) Tal postura jurisprudencial ha venido siendo aceptada por el suscrito, por natural motivo de acatamiento en tanto Magistrado de Segunda Instancia –en las causas elevadas a este mismo Tribunal Superior– y como una regla general, más no como una circunstancia absoluta, pues en el caso Ref. 216-C2016 –como también podría ser en otros– se analizó la alegación de excepción perentoria de cosa juzgada, con base a los Arts. 11 Inc. 1° parte final Cn., 312 Inc. 1° N°4 y 317 CPP; donde se sostuvo, contrario a la precitada posición, que al ser ignorado el recurso interpuesto so pretexto que la resolución atacada no es de las que alude el Art. 479 CPP, se asumía el riesgo de vulneración a derechos fundamentales en los términos que establece el Art. 346 Inc. 1° N° 7 CPP, encontrándose la Sala facultada para pronunciarse al respecto, tal como así se hizo y permite el Art. 347 Inc. 1° CPP, en relación con los Arts. 1, 9, 14, 15, 16 CPP, 1, 2, 18, 19 y 20 CPCM, entre otras disposiciones legales aplicables.

3°) Como se sostuvo en esa oportunidad, resulta natural comprender pero a la vez confundir que el reenvío, como pauta, no permita la invocación del recurso de Casación por cuanto el nuevo juicio y/o ponderación probatoria permite que las partes interesadas tengan nueva oportunidad de discutir los asuntos que consideran relevantes y/o determinantes, en especial todo lo que concierne a la prueba –su ofrecimiento, producción y valoración–, en aplicación de los básicos principios que rigen para esta especial fase del proceso; sin embargo, existen casos de excepción, tales como los comprendidos en los Arts. 475 y 476 CPP, por cuanto el pronunciamiento sobre la sentencia apelada puede serio respecto a la valoración de la prueba, como de la aplicación del Derecho, siendo para el primero de los supuestos donde se justificaría la realización de un nuevo juicio o reposición del acto anulado, generalmente por un Juez o Tribunal distinto, dado el impedimento concurrente, Art. 66 Inc. 1° N° 1 CPP.

4°) Por consiguiente, el reenvío bajo la premisa de errónea aplicación del Derecho y que no implique valoraciones probatorias –contrario a lo decidido en el presente caso por parte de la Cámara–, carece de sentido lógico normativo, pues lo que se haría en un eventual juicio no sería consecuencia de producción de fuentes de conocimiento que implicase su ulterior ponderación, al amparo de los principios de Inmediación y Contradicción.

5°) En tal sentido, al amparo de los Arts. 2 y 3 Inc.1° Cn., 9, 12, 14, 15 y 16 CPP, es viable estimar, como se sostuvo en aquella oportunidad, que la solución no puede ser tan simplista, por cuanto el reenvío puede dar lugar a un círculo infinito de persecución, como sería que el Tribunal de Sentencia vuelva a confirmar el non bis in idem y que sobre esa nueva resolución la parte que se considere

agraviada nuevamente se alce en apelación, y de lo resulto en Segunda Instancia otra vez se aboque en Casación –como ha ocurrido en el caso de mérito: –tres veces–, luego en Amparo ante la Sala de lo Constitucional, perjudicando severamente la condición de inseguridad jurídica a la persona procesada, en detrimento, además, del Principio de Pronta, Cumplida y Eficaz Administración de Justicia, Art. 182 atribución 5a Cn.

6°) Sobre este particular tipo de defecto ya se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisamente contra el Estado de El Salvador, en sentencia de 5-X- 2015, Caso Agapito Ruano Torres vs. El Salvador, al sostener en los argumentos 136, 137, 138 y 139, acerca de la violación al Derecho a la Protección Judicial, entre otras infracciones, resumidamente lo siguiente: “136. El artículo 25.1 de la Convención establece, en términos generales, la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales la Corte ha sostenido que la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales, sino que es preciso que los recursos tengan efectividad en los términos del mismo. .que den resultado o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la ley... no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país- o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica...por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia. Un recurso judicial efectivo es, por consiguiente, aquel capaz de conducir a un análisis por parte de un tribunal competente a efectos de establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos.La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”. 137... la violación del artículo 25.1... se habría configurado por la falta de consideración por parte de las autoridades de las violaciones al debido proceso denunciadas en diversos escritos a lo largo del proceso penal, así como debido al rechazo de los recursos...interpuestos... de modo tal que habrían resultado inefectivos. 138. En el presente caso, la Corte estima que la violación del artículo 25.1... no se configura por el mero desacuerdo con una decisión desfavorable sino que se relaciona con la falta de respuesta de las autoridades sobre el mérito de los alegatos pues no se realizó un análisis por parte de las autoridades judiciales a fin de establecer si había sucedido o no una violación a los derechos humanos... En suma, los recursos... no constituyeron un recurso efectivo para remediar las vulneraciones de derechos humanos... 139. En virtud de lo expuesto... la Corte concluye que el Estado es responsable por la vulneración del artículo 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma...” (Subrayado suplido del texto).

7°) Lo anterior se refuerza con un claro y concluyente precedente del mismo Tribunal Internacional, según se advierte del fallo en el [Caso Mohamed vs Argentina] Argumentos 90, 91, 92 y 93, Sentencia del 23-XI-2012, donde entre otras cosas sustentó lo siguiente: “...90. La Corte hace notar que este caso pre-

senta la particularidad de que al imputado se le siguió un proceso penal de dos instancias, y fue condenado en segunda instancia por un tribunal que revocó la decisión absolutoria del juzgado de primera instancia.

Para determinar si al señor Mohamed le asistía el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, corresponde determinar si la protección consagrada en el artículo 8.2.h de la Convención Americana permite una excepción, tal como alega Argentina, cuando el imputado haya sido declarado condenado por un tribunal que resuelva un recurso contra su absolución. 91. El artículo 8.2 de la Convención contempla la protección de garantías mínimas a favor de “[t]oda persona inculpada de delito”. En el último inciso en que expone esas garantías, cual es el h), protege el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. La Corte entiende que el artículo 8.2 se refiere, en términos generales, a las garantías mínimas de una persona que es sometida a una investigación y proceso penal. Esas garantías mínimas deben ser protegidas dentro del contexto de las distintas etapas del proceso penal, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena. 92. Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, [la Corte interpreta que] el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. Se trata de una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención. 93. Para confirmar la interpretación de esta Corte de que se trata de un derecho que asiste al condenado, resulta relevante acudir al lenguaje concreto del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, al referirse al derecho a recurrir del fallo, expresamente establece que es una garantía que tiene “[t]oda persona [declarada culpable] de un delito” (énfasis agregado). En otra oportunidad la Corte ha manifestado que dicha norma del Pacto es “muy similar” al artículo 8.2.h de la Convención Americana (Subrayado suplido del texto original).

8°) Abona a todo lo expuesto no sólo la varia jurisprudencia de esta misma Sala, como puede verse de lo que en ese entonces se decidió, frente a lo que se argumentara en la sentencia de las once horas veintiséis minutos del catorce de agosto de dos mil trece, expediente [N°. 30-C-2013] —donde se determinó que era admisible el recurso de Casación porque cumplía con las condiciones exigidas por el Art. 480 CPP—; sino, además, lo que se regula en legislación foránea, así por ejemplo y como simple ilustración, el Código Procesal Penal de la República de Panamá comprende el Recurso de Anulación a partir del Art. 171, en cuyo Art. 179 parte final categóricamente regula: [Cuando se ordena la celebración de un nuevo juicio en contra del imputado que haya sido absuelto por la sentencia recurrida, y como consecuencia de este nuevo juicio resulta absuelto, dicha sentencia no es susceptible de recurso alguno] —ya no se diga un reenvío—, lo que es consustancial a la aludida seguridad jurídica de las personas sometidas al proceso penal, Art. 1 Cn.

9°) Conforme a los anteriores argumentos, consideró el suscrito que resultaba justo, legal, racional y argumentativamente válido ponderar dos posibles alternativas: una, [admitir el recurso, declararlo ha lugar, anulando la sentencia de Segunda Instancia y confirmar la absolución de Primera Instancia] o, dos, en el peor de los casos y de sostener los argumentos de la decisión mayoritaria, [admitir el recurso, declararlo ha lugar, anulando la sentencia de Segunda Instancia y ordenar el reenvío de la Causa para un nuevo juicio] –que resulta ser la decisión adecuada, siempre y cuando se hiciera una reflexión sobre el límite de Casaciones a casos como el ahora analizado, al amparo de la doctrina y jurisprudencia que resultare aplicable, dada la omisión legislativa al respecto–, por cuanto la decisión de la Cámara ha sido en transgresión a la limitada facultad que le habilita el Art. 475 Inc. 2° CPP, al revocar la sentencia de Primera Instancia haciendo puras valoraciones probatorias, no a la inobservancia o errónea aplicación del Derecho, lo que trasgrede diversidad de Principios, como los de Inmediación y Contradicción, subsecuentemente, el Derecho de Defensa.

10°) Por todo lo expuesto, la valoración del Magistrado que suscribe la presente opinión disidente se finca en la posibilidad de declarar ha lugar a casar la sentencia de Segunda Instancia y ordenar el reenvío de la causa, con las precisiones que se advierten en el precedente ítem. A pesar de ello, siendo que esta postura deviene en estéril ante el fallo mayoritario, se obvian otros argumentos en el entendido que los anteriores resultan suficientes para dar por satisfecho el deber derivado del Art. 144 Inc. final CPP.

De esa manera, se reitera la apreciación particular sobre el asunto de mérito.”  
*Sala de lo Penal, número de referencia: 172C2017, fecha de la resolución: 21/05/2018*



# LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO PENAL 2018

Código Procesal Penal aplicado:  
D.L. N° 904 del 04 de Diciembre de 1996 - DEROGADO

## APROPIACIÓN O RETENCIÓN DE CUOTAS LABORALES

EL TRIBUNAL DE ALZADA CARECE DE COMPETENCIA FUNCIONAL PARA DECIDIR EL MONTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE CUOTAS LABORES PRESCRITAS, SIENDO EL ÚNICO COMPETENTE EL TRIBUNAL DE SENTENCIA

“El recurrente plantea en el primer punto de reclamo, que el tribunal sentenciador programó la realización de la vista pública pero la suspendió debido a que se solicitó, por parte de la defensa técnica del imputado, la reparación integral del daño causado para el delito de Apropiación o Retención de Cuotas Laborales, específicamente, de los meses no prescritos que fueron establecidos por la Cámara, manifestando que el tribunal de alzada omitió en su resolución pronunciarse sobre la responsabilidad civil de las cotizaciones que consideró prescritas, es decir, sólo se pronunció sobre el ámbito penal de las mismas -prescripción- pero no en cuanto a la reparación civil de las mismas. No obstante esa falta de pronunciamiento de la alzada, el *a quo* también omitió resolver lo referente a la indemnización de los daños, respecto de las cuotas laborales de los meses prescritos.

Como segundo punto, el impetrante alega que se estableció que el delito de Apropiación o Retención de Cuotas Laborales es de carácter pluriofensivo y de interés difuso por la pluralidad de las víctimas que afecta, pero que para poder aplicar la reparación integral del daño causado, no sólo basta que la Fiscalía General de República esté de acuerdo, sino que también es indispensable el consentimiento del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, pues, el Fiscal representa los intereses de todas las víctimas, pero no puede tomar decisión por dicha Institución, debido a que como víctima del delito en mención, estaba facultada para decidir, y que por lo tanto se les ha violado el derecho de audiencia y defensa.

En vista de la estrecha relación de los reclamos, se procederá a dar respuesta a los mismos en forma sucesiva.

La Sala considera que ambos puntos de reclamo deberán estimarse conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos siguientes.

Examinados que han sido los puntos impugnados, esta Sala advierte que consta en la sentencia de mérito a [...], que el presente proceso dio inicio mediante la presentación del requerimiento fiscal ante el Juzgado Décimo Quinto de Paz de esta ciudad, el día [...], en donde se resolvió con la sola vista del requerimiento, ordenándose la instrucción del proceso sin medida cautelar alguna y la remisión de las actuaciones al Juzgado Cuarto de Instrucción de esta ciudad, en

donde se llevó a cabo la audiencia preliminar el día once de octubre del dos mil dieciséis, dictándose el correspondiente auto de apertura a juicio, y remitiéndose el proceso al Tribunal Sexto de Sentencia, que señaló la vista pública para el día ocho de noviembre del mismo año, fecha en que no se llevó a cabo por haber presentado la defensa del imputado recurso de apelación de la resolución del Juzgado Cuarto de Instrucción de declarar no ha lugar la excepción perentoria de prescripción de la acción penal, dejándose sin efecto el señalamiento de la vista pública; resolviendo la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, declarar prescritos los hechos sucedidos desde marzo a noviembre de dos mil dos, así como los hechos del año dos mil tres, y de enero hasta octubre de dos mil cuatro, mientras que los hechos ocurridos desde el mes de noviembre a diciembre de dos mil cuatro y los meses de enero a febrero de dos mil cinco, resolvió que no habían prescrito, por lo que ante esa decisión, el juzgador programó la realización de la vista pública, en la que las partes solicitaron el aplazamiento de la misma, con el propósito de proponer una salida alterna consistente en la reparación integral del daño causado, pero a fin de obtener un monto exacto de lo que se adeudaba al Instituto Salvadoreño del Seguro Social, se solicitó se señalara una audiencia especial para conocer de la reparación del daño causado, la que fue realizada con fecha diecisiete de enero de dos mil diecisiete, en la cual la juzgadora autorizó la referida salida alterna, acordándose entre la representación fiscal y el imputado el monto de cuatrocientos treinta y tres dólares con ochenta y dos centavos (\$433.82), por lo que, seguidamente, procedió a declarar la extinción de la acción penal iniciada contra el imputado [...] y a ordenar el sobreseimiento ..., definitivo con base en el Art. 308 No.2 Pr. Pn.

De conformidad con el primer planteamiento realizado por el recurrente, se advierte que el Tribunal Sexto de Sentencia programó audiencia de vista pública, la cual fue suspendida por existir la intención de las partes de aplicar la causa de extinción de la acción penal, reglada en el Art. 31 N° 11 Pr. Pn., señalando una audiencia especial para tales efectos, al final se decretó la reparación del daño causado pero únicamente respecto de los meses no prescritos, conforme lo estableció la Cámara en su resolución; a lo que se opuso el licenciado [...], en representación del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, según consta en el acta de la audiencia, ya que el *a quo* decidió no pronunciarse sobre la responsabilidad civil de las cotizaciones prescritas, argumentando que el tribunal de alzada no dijo nada al respecto, y al tener el saldo de las cotizaciones no prescritas, resolvió aplicar la figura de la reparación integral del daño respecto de éstas, pagando el imputado a dicha institución la cantidad de cuatrocientos treinta y tres dólares con ochenta y dos centavos (\$433.82), en concepto de las cotizaciones no prescritas, omitiendo pronunciarse la juzgadora sobre las sumas relacionadas con los hechos que habían prescrito, según lo proveído por la Cámara en alusión, que en su conjunto ascienden a un monto de dieciocho mil novecientos sesenta y un dólares con ochenta y un centavos (\$18,961.81); procediendo luego a dictar auto de sobreseimiento definitivo a favor del acusado.

Al examinar lo resuelto por la juzgadora, esta Sala advierte que dicha funcionaria no dio aplicación al Art. 47 Pr. Pn., antes de dictar el correspondiente auto de sobreseimiento, el que en lo pertinente dispone: "... el tribunal de sentencia

antes del pronunciamiento del respectivo auto convocará a todas las partes a una audiencia señalando el día y hora para su celebración, a fin de aportar la prueba para deducir la responsabilidad civil...”; con ello, el pronunciamiento de mérito se apartó de las formas previstas por el legislador. Dicha omisión, ha sido directamente reclamada por el recurrente, pues, es evidente que ha afectado las expectativas de los sujetos procesales titulares del bien jurídico protegido, -en este caso al Instituto Salvadoreño del Seguro Social- dado el efecto dilatorio e incierto del ejercicio de una acción resarcitoria en sede civil, además, de atentar contra las formas propias del proceso penal en desmedro del principio de legalidad y de los derechos de las víctimas, al dar por finalizado el presente proceso mediante sobreseimiento definitivo, soslayando el imperativo legal de pronunciarse sobre la responsabilidad civil conforme a la normativa aplicable al caso, pues, no es al tribunal de alzada a quien correspondía decidir el monto de la responsabilidad civil de las cuotas laborales prescritas, dado que carece de competencia funcional para ello, sino que, a criterio de la Sala, el único competente es el tribunal de sentencia, tal como se dispone en la normativa en referencia.

En vista de lo anterior, se procederá a declarar con lugar el primer punto reclamado, debiendo anularse dicha resolución y ordenar la emisión del auto de sobreseimiento definitivo omitido, únicamente, respecto de los hechos declarados prescritos por la Cámara, previa audiencia oral conforme al Art. 47 Pr. Pn., y en estricto apego a las reglas del debido proceso; es decir, antes de proceder a pronunciar el correspondiente auto de sobreseimiento, deberá convocar a las partes a una audiencia oral a fin de aportar la prueba necesaria para deducir la responsabilidad civil del delito.”

#### REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO RESPECTO DE LAS CUOTAS LABORALES NO PRESCRITAS NO DEBIÓ BASARSE ÚNICAMENTE CON EL AVAL DE LA FISCALÍA

“En cuanto al segundo punto alegado por el impetrante, referente a que el tribunal sentenciador no debió tomar en cuenta únicamente el aval del ente fiscal para aplicar la figura de la reparación integral del daño respecto de las cuotas laborales no prescritas - según el dispositivo de la Cámara- sino que debió, también, tener en cuenta la opinión del apoderado del Instituto Salvadoreño del Seguro Social; observa la Sala, que consta en el acta correspondiente a la audiencia especial realizada para tales efectos, que se le concedió la palabra a dicho apoderado, licenciado [...], quien expresó que se oponía a que se aplicara la figura de la reparación civil del daño causado en relación a las cuotas de los cuatro meses no prescritos.

Ahora bien, el Art. 31 Pr. Pn., en lo pertinente establece: “La acción penal se extinguirá: (...) Por la reparación integral del daño particular o social causado, admitida por la víctima o la Fiscalía General de la República, según el caso, y realizada antes de la vista pública, en los delitos relativos al patrimonio o de contenido patrimonial...”; del tenor literal de la norma legal transcrita, se extraen los presupuestos que deben concurrir para que la autoridad judicial autorice su aplicación en el proceso, entre ellos, que se repare integralmente el daño causado,

que éste sea admitido por la víctima, o en su caso, por la representación fiscal, y que haya sido solicitado hasta antes de la vista pública.

De las actuaciones se desprende que el representante de la víctima (Instituto Salvadoreño del Seguro Social) sí manifestó que no estaba de acuerdo en haberse realizado la reparación del daño en cuanto a los meses no prescritos, y nunca expresó considerarse satisfecho por los pagos efectuados, de modo que no puede entenderse cumplidas las condiciones relativas a la reparación integral del daño ocasionado, pese a que la representación fiscal no se opuso al referido arreglo, por lo que esta Sala estima que la juzgadora debió escuchar también la opinión de la víctima ya que a través de la reparación se presta atención a sus intereses, los que están dirigidos generalmente en forma primordial a que se le repare el daño y se le indemnice civilmente el perjuicio.”

UNA VEZ TASADO EL DAÑO ES LA VÍCTIMA LA QUE DEBE ACEPTAR SI CONSIDERA INTEGRALMENTE SATISFECHO EL MISMO

“En esa dirección, la Sala estima oportuno señalar que en sentido estricto, la reparación integral del daño implica que una vez tasado el daño, éste debe ser total y absolutamente reparado, es decir, pagado lo que se deba pagar o re-puestas las cosas que pueden serlo a su estado original; por lo que, es la víctima la llamada a indicar considera satisfecho integralmente el daño, por cuanto, la aceptación de la víctima de la reparación integral tiene importantes repercusiones desde el punto de vista civil, puesto que al admitirse se está renunciando a cualquier reclamo posterior en la vía civil. (Véase a este respecto la obra, “*Proceso Penal Comentado*” de Javier Llovet Rodríguez, 5a. ed. San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental, 2012, Pág. 134 y ss.).

Así las cosas, y en vista que el apoderado del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, en representación de la víctima, manifestó no estar de acuerdo con la reparación integral del daño causado, en cuanto a las cuotas laborales no prescritas, no procedía que la juzgadora autorizara dicha salida alterna y sobreseyera al acusado por el delito incoado, sino que debió escuchar la posición del apoderado y considerar la posibilidad de una reparación en los términos por él solicitados, y en caso que éste expresara su acuerdo sobre la reparación de las cuotas no prescritas, proceder a autorizar la reparación resolviendo lo conducente conforme a la ley, es decir, declarar la extinción de la acción penal y sobreseer al acusado, conforme a los Arts. 31 y 308 No. 4 Pr. Pn., salvo que el apoderado del ISSS no demande ninguna condición, caso en el cual deberá ordenarse la instalación de la vista pública correspondiente.

En razón de lo expuesto, esta Sala procederá, también, a declarar la nulidad de la decisión del *a quo* de autorizar la reparación integral del daño respecto de las cuotas no prescritas; y dado que la Sala -en virtud de la procedencia del motivo que antecede- está ordenando la realización de una audiencia, previo al pronunciamiento sobre la responsabilidad civil de las cuotas prescritas por resolución de la Cámara, deberá dicho tribunal durante su celebración, escuchar la posición del representante del ISSS y si éste muestra su acuerdo en cuanto a la reparación del daño de las cuotas no prescritas, procederá autorizarla resolviendo

do lo que corresponda según el derecho aplicable; y si ésto no fuere posible ordenará la instalación de la vista pública hasta su finalización mediante sentencia con estricta observancia a las reglas del debido proceso.

En vista que la solución jurídica de los reclamos conduce a diferentes causas procesales, el tribunal de sentencia deberá, en primer lugar, pronunciar el sobreseimiento definitivo respecto de los hechos declarados prescritos por la Cámara, previa audiencia oral conforme al Art. 47 Pr. Pn., a efecto de resolver lo referente a la responsabilidad civil en los términos *supra* expresados; y, en segundo lugar, en la misma audiencia resolverá sobre la reparación integral de las cuotas no prescritas, escuchando previamente al apoderado del ISSS y, según proceda, autorizará dicha reparación conforme a la ley, salvo que el apoderado no demande ninguna condición, caso en el cual deberá ordenarse la instalación de la vista pública correspondiente.”

*Sala de lo Penal, número de referencia: 3CAS2017, fecha de la resolución: 21/05/2018*



## ÍNDICE

### LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO PENAL 2018

Código Procesal Penal aplicado:  
D.L. N° 733 del 22 de octubre de 2008 - VIGENTE

<b>Aclaración y adición en los actos procesales</b> .....	1
Improcedente al no tratarse de partes oscuras, ambiguas o contradicciones en que fue redactada la resolución.....	1
<b>Audiencia de vista pública</b> .....	2
Suspensión debidamente otorgada para la incorporación de información complementaria de prueba producida en el juicio .....	2
Continuación del juicio en una fecha posterior indefectiblemente constituye la reapertura de la audiencia.....	3
<b>Contrabando de mercaderías</b> .....	4
Necesario establecer que la mercadería se ha sustraído del control aduanero al momento de ingresar o salir del país y que tal sustracción produjo o pudo producir perjuicio económico a la Hacienda Pública.....	4
Vulneración al principio lógico de razón suficiente y derivación, al no hacer una valoración integral de los elementos de prueba agregados al proceso.....	6
<b>Determinación de la pena</b> .....	8
Incorrecta modificación de la pena del tribunal ad quem ante la inexistencia de elementos que acrediten los roles que ejecutaron los acusados para poseer la droga .....	8
Procede adecuar la pena por el tribunal casacional cuando la fundamentación del ad quem en la derivación penológica no es acorde a la culpabilidad y proporcionalidad entre la conducta, la lesividad y la responsabilidad penal del procesado.....	10

<b>Estafa agravada</b> .....	12
Cámara no aborda el núcleo del agravio que es desvirtuar si existió o no un negocio jurídico criminalizado .....	12
Consideraciones respecto al dolo civil y dolo penal.....	13
Procede anular el sobreseimiento definitivo al existir la probabilidad que concurra un dolo defraudatorio, lo que es posible considerar del análisis de la prueba propuesta en el requerimiento.....	15
Decisión de emitir sobreseimiento definitivo deberá constar en auto separado y no en acta.....	16
Dolo debe ser necesariamente de carácter anticipado .....	17
Adecuada justificación en cuanto a que el ardid aducido por la parte acusadora no ha concurrido, evidenciándose mediante el análisis en conjunto de la prueba ofertada.....	18
Por regla general el pronunciamiento del sobreseimiento definitivo es en la fase de instrucción, dada su función saneadora y para evitar juicios innecesarios .....	19
Ausencia de delito al no lograrse sustentar el nexo causal entre el ardid y el resultado de la entrega patrimonial al imputado.....	20
<b>Expresiones de violencia contra las mujeres</b> .....	22
Ausencia de vulneración al principio de congruencia, ya que no se ha determinado una modificación de la calificación jurídica distinta de la acusada o de la decidida en el auto de apertura a juicio .....	22
Ausencia de vulneración a las reglas de la sana crítica, ya que el fallo se fundamenta en suficientes elementos de prueba de cargo, cumpliendo con las reglas de derivación y razón suficiente .....	24
Acciones atribuidas al acusado implican un comportamiento sexista al utilizar frases que implican una diferenciación basada en el sexo de la víctima, causando un impacto denigratorio, desacreditante y ofensivo ...	26
Agresiones verbales proferidas en un contexto de discusión acalorada no excluye el carácter sexista y misógino .....	27

<b>Extorsión en grado de tentativa</b> .....	27
Correcta valoración de la prueba para acreditar la existencia del delito y participación delincinencial.....	27
Para acreditar la coautoría resulta innecesario que se compruebe la participación delincinencial en todas las fases de ejecución del delito ....	29
<b>Facultades resolutorias del tribunal de segunda instancia</b> .....	31
Cámaras tienen el poder jurídico para valorar las pruebas practicadas en el juicio, valiéndose de la documentación procesal existente y examinarlas cuando el punto objeto de agravio lo requiera.....	31
Correcta evaluación de la prueba y consecuente fundamentación derivada y congruente con los puntos apelados .....	32
Incluyen poder subsanar errores materiales y formales de la sentencia del tribunal inferior en grado .....	33
<b>Homicidio agravado</b> .....	36
Correcta valoración del conjunto de prueba con la que se estableció la participación delincinencial y comisión del delito .....	36
Mediante la valoración de prueba testimonial y elementos indiciarios se determina la muerte del recién nacido por la actuación dolosa de la imputada.....	38
<b>Inadmisibilidad recurso de apelación</b> .....	41
Argumentos en que se fundamenta infringen la sana crítica, ya que no se ajustan al sentido y alcance de lo expuesto en el escrito de apelación.....	41
Procede anular la decisión de inadmisibilidad del recurso, ya que su rechazo le da un sentido diferente a las formas procesales exigidas para la apelación .....	43
<b>Incorporación de la prueba</b> .....	43
Petición de realizar práctica de peritaje para su incorporación no constituye un incidente que puede ser diferido para la vista pública .....	43

Nulidad absoluta por vulneración a los derechos de defensa material y de tutela judicial efectiva al rechazar la realización de prueba pericial que sería incorporada como prueba de descargo .....	45
Facultad del juez instructor para que pueda ordenar de oficio la incorporación de prueba que considere necesaria para emitir una decisión lo más apegada a la realidad histórica sobre al cual recae el litigio ...	46
Actas de pesquisa o índole similar constituyen diligencias iniciales de investigación y se consideran como prueba documental, siempre que cumplan con las formalidades exigidas para las actas policiales .....	47
Procede confirmar la decisión al estar debidamente fundamentada en la prueba pericial y documental corroborada con prueba testimonial ....	49
<b>Maltrato infantil</b> .....	50
Corresponde rechazar motivo de casación al advertirse que ha existido un razonamiento adecuado y fundamentado respecto de la prueba desfilada en juicio .....	50
Tratados internacionales y LEPINA establecen derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser respetados en su integridad personal .....	51
<b>Nulidades</b> .....	53
Procede decretar nulidad parcial de una sentencia cuando no se evidencian elementos probatorios que justifiquen el aumento de la pena atribuida al enjuiciado, por parte del tribunal ad quem .....	53
<b>Poseción y tenencia</b> .....	54
Consideraciones normativas y jurisprudenciales sobre el tipo penal .....	54
Correcta calificación jurídica del delito por parte del tribunal ad quem por estar acreditado conforme a los elementos probatorios desfilados en juicio .....	57
Inviabile interpretar circunstancias que no han sido legisladas y sugerir la concurrencia de todos los elementos para acreditar el ánimo de tráfico .....	60

Procede anular al determinarse la existencia de error en la adecuación de los hechos, al establecerse la lesión al bien jurídico salud pública y no la drogodependencia.....	62
Sólo será punible al establecer con prueba directa o indicios que el imputado tiene la intención de transmitir la droga a terceros.....	63
<b>Prueba indiciaria.....</b>	<b>66</b>
Condiciones de validez .....	66
Adecuada aplicación de la máxima de la experiencia en la valoración y corroboraciones periféricas objetivas.....	67
<b>Querellante.....</b>	<b>69</b>
Formalidades en el nombramiento de defensores y representantes legales en el proceso penal no tienen la misma rigidez que en materia civil .....	69
<b>Reconocimiento por fotografía .....</b>	<b>70</b>
Indicio con el cual se logra individualización de persona a quién se le imputa comisión de un hecho.....	70
Acto inicial de investigación válido como prueba, cuando éste es confirmado por otros medios probatorios.....	71
<b>Recurso de apelación .....</b>	<b>73</b>
Consideraciones relacionadas con los requisitos de admisibilidad.....	73
Grave riesgo en el derecho de acceso a la justicia en los razonamientos para inadmitir el recurso al asentarse en meros excesos formalistas....	74
Exigencia legal de cumplir los requisitos para la admisión no tiene que ser entendido como un obstáculo a la garantía del derecho de recurrir.....	76
Procede la inadmisión cuando el impetrante no es claro en denominar el vicio de la sentencia ni establece el motivo por el cual recurre.....	78

Inviabile imponer criterios rigurosos y formalistas, en cuanto a los requisitos que debe contener el recurso .....	79
Procede anular la inadmisibilidad impugnada, ya que los argumentos que lo justifican no corresponden a un examen sobre el control del cumplimiento o no de las exigencias para su admisibilidad.....	80
Procede la nulidad de la declaratoria de inadmisibilidad, por errónea aplicación de los presupuestos de admisibilidad, al realizar una interpretación literal y formalista de la norma.....	81
<b>Recusaciones</b> .....	84
Debido proceso y principio de legalidad.....	84
Sola circunstancia de interponerla por parte del interesado no implica que automáticamente se apartará de la causa al juez o magistrado, ya que es menester que se determine sí se configura el impedimento ....	86
Conducta de magistrados y jueces debe estar guiada por la probidad, respeto a la ley, protección a los derechos fundamentales.....	88
Improcedente revocar la decisión porque el principio de taxatividad no puede ser superado por ningún argumento y además porque la actuación del tribunal ha sido de manera parcial y ética.....	89
Respuesta adversa a los intereses del recurrente no constituye automáticamente una denegación arbitraria al acceso a la justicia .....	91
<b>Sobreseimiento definitivo</b> .....	93
Plazo para impugnar es a partir de la notificación del auto en que se dicta y fundamenta el sobreseimiento definitivo y no a partir de la audiencia en que se decide.....	93
<b>Tráfico ilegal de personas agravado</b> .....	96
Consideraciones sobre la configuración del delito .....	96
Correcta acreditación de la actividad del imputado de guiar a la víctima con el objeto de evadir controles migratorios.....	98

<b>Tráfico ilícito</b> .....	98
Inexistencia al no acreditarse la configuración del verbo rector transportar ni que la acción descubierta cumplía un eslabón en la circulación de la droga hacia terceros .....	98
Por el imperativo de la presunción de inocencia no le corresponde al procesado comprobar el autoconsumo sino a la fiscalía establecer la destinación al tráfico u otras formas de promoción del consumo de drogas .....	100
Ausencia de vulneración al principio de congruencia .....	101
Válida y legítima la actuación del agente encubierto al determinarse claramente el nombramiento y autorización fiscal .....	103
Aspectos doctrinarios y jurisprudenciales sobre las facultades asignadas al agente encubierto .....	104
Agente encubierto no se considera como provocador, ya que la acción de vender droga no es para inducir o instigar al cometimiento del delito sino para establecer que el imputado se dedica al comercio de la misma .....	107
Reconocimiento de personas para comprobar la identidad del imputado no es obligatorio ya que sólo es necesario cuando existen dudas razonables sobre la identificación del autor del delito .....	108
Ausencia de quebrantamiento de la cadena de custodia al verificarse que la droga incautada al momento de los hechos coincide con la introducida a la vista pública .....	109
<b>Valoración de la prueba</b> .....	110
Sentencia establece una argumentación contradictoria y lesiva de los principios lógicos de no contradicción y tercero excluido en las causas inmediatas de la muerte del recién nacido .....	110
Intención homicida de la imputada carece de una premisa razonable que lo sustente porque no se acreditó el conocimiento del embarazo y las condiciones físicas y psicológicas .....	117

Silencio del imputado es un derecho fundamental y considerarlo como un indicio de culpabilidad supone una vulneración a la presunción de inocencia.....	118
Vulneración al principio de congruencia procesal por haberse apartado la cámara de lo pedido .....	119
<b>Video grabación de la vista pública.....</b>	<b>120</b>
Consideraciones generales sobre las nulidades.....	120
No toda irregularidad procesal causa por si misma una nulidad de actuaciones, sino solo aquella que haya provocado una efectiva indefensión material de rango constitucional.....	122
Presentación podría ser trascendente dependiendo del motivo de impugnación y del agravio que el recurrente o quien la ofrece pretende probar .....	123
La ley no contempla que la falta de acta de grabación se sancione con nulidad o con alguna consecuencia que vuelva nula la vista pública o de la sentencia del tribunal que la dictó o de un tribunal de segundo grado .....	124
<b>Voto disidente del magistrado Ramón Iván García.....</b>	<b>125</b>
<b>Recurso de casación.....</b>	<b>125</b>
Reenvío puede dar lugar a un círculo infinito de persecución, perjudicando severamente la condición de inseguridad jurídica de la persona procesada.....	125
Código Procesal Penal aplicado: <b>D.L. N° 904 del 04 de Diciembre de 1996 - DEROGADO</b>	
<b>Apropiación o retención de cuotas laborales.....</b>	<b>131</b>
El tribunal de alzada carece de competencia funcional para decidir el monto de la responsabilidad civil de cuotas labores prescritas, siendo el único competente el tribunal de sentencia .....	131

Reparación integral del daño respecto de las cuotas laborales no prescritas no debió basarse únicamente con el aval de la Fiscalía ....	133
Una vez tasado el daño es la víctima la que debe aceptar si considera integralmente satisfecho el mismo .....	134