

381-2016

CÁMARA SEGUNDA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO: San Salvador, a las quince horas con cuarenta y tres minutos del ocho de diciembre de dos mil dieciséis.

Por recibido, a las quince horas con cincuenta y nueve minutos del uno de diciembre de dos mil dieciséis, el oficio número 2,623 datado del mismo día, procedente del Juzgado Segundo de Paz de San Salvador, por medio del cual remite certificación del expediente judicial –que consta de un total de ciento noventa y cuatro folios- del proceso penal tramitado contra el imputado **Jorge Alberto P. Q.**, quien dijo ser originario del municipio de Turín, departamento de Ahuachapán, nacido el quince de enero de mil novecientos sesenta y uno, de cincuenta y cinco años de edad, casado con la señora [...], residente en Residencial [...], senda [...], número [...], municipio de Santa Tecla, departamento de la Libertad, hijo de [...]; a quien se le atribuye la comisión del ilícito calificado provisionalmente como **Ejercicio Violento del Derecho**, conducta descrita y sancionada en el art. 319 Pn, en perjuicio de **la Administración de Justicia**, y figurando como ofendido el señor **Marvin René S. T.** [Apel. 381-2016-2]

Dicha remisión se hace con el propósito que esta Cámara emita una decisión respecto del recurso de apelación impetrado por la licenciada Ana Marcela Rivera Peña, en su calidad de defensora particular del imputado P. Q.; en contra de la resolución emitida en audiencia inicial de las ocho horas con treinta minutos del veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis -y formalizada por auto de las doce horas del mismo día- por la Juez Segundo de Paz de San Salvador, licenciada Marta Lilian Villatoro Saravia, en la que se decretaron medidas alternativas a la detención provisional en favor del imputado mencionado.

I.- ADMISIBILIDAD

En consonancia con el art. 452 Pr. Pn, se establecen dos requisitos mínimos para la admisibilidad de un recurso de apelación: que este derecho se ejerza **sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos** y que **la resolución impugnada cause agravio al recurrente**.

Es por ello que, en aras de procurar el adecuado funcionamiento de un régimen de impugnación de las actuaciones obradas en primera instancia es procedente la realización de un análisis previo del cumplimiento de los presupuestos formales de admisibilidad y procedencia del recurso intentado. A efectos de sistematización, este análisis se dividirá según los criterios de impugnabilidad subjetiva y objetiva:

i) Análisis de impugnabilidad subjetiva.

En el caso venido en apelación, se ha verificado que la licenciada Ana Marcela Rivera Peña ha intervenido en el proceso como defensora particular, nombrada por el mismo imputado al momento de su comparecencia al llamamiento judicial del dieciocho de noviembre del año en curso. Lo anterior consta en el acta redactada a las catorce horas de ese día, la cual se encuentra agregada a folios cincuenta y seis de la certificación remitida.

De la revisión del expediente se ha podido además constatar que la apelante ha ejercido ininterrumpidamente el cargo conferido, sin haber renunciado al mismo o haber sido sustituida por el imputado.

Por esta razón se ha acreditado suficientemente que la recurrente se encuentra debidamente legitimada para ejercer la vía impugnativa en el caso en conocimiento.

ii) Impugnabilidad objetiva.

a.- Análisis de temporalidad:

Para el caso del auto que imponga medidas cautelares, la regla general para determinar su plazo de impugnación se rige por el conferido a la apelación contra autos, consignada en el art. 465 inc. 1º Pr. Pn. y que concede cinco días para la interposición del recurso una vez notificada la decisión.

En ese entendido, consta en el expediente que la audiencia inicial fue celebrada el veintitrés de noviembre de este año, y que el auto por el que se exhibe la motivación de las medidas cautelares fue emitido a las doce horas del mismo día.

Sin embargo, al revisar la certificación de la carpeta judicial, corre agregada el acta de notificación del auto de imposición de medidas fechada del veintiocho de noviembre del presente año; por lo que el plazo para su interposición comienza a correr a partir del día siguiente al de la notificación, es decir, inició a correr desde el veintinueve de noviembre hasta el cinco de diciembre, ambas fechas del año dos mil dieciséis.

Al verificar en la constancia de presentación la fecha en que fue presentado el recurso de apelación, se observa que éste se impetró el treinta de noviembre de dos mil dieciséis; es decir, al segundo día habilitado para tales efectos. De esta manera, se considera que el recurso objeto de análisis ha sido interpuesto en tiempo.

b.- Análisis de recurribilidad de la resolución:

El recurso de apelación impetrado se dirige en contra de la decisión de la Juez Segundo de

Paz de San Salvador de decretar medidas alternativas a la detención provisional sobre el imputado Jorge Alberto P. Q.

A dicha resolución, de conformidad con el art. 341 inc. 1º Pr. Pn. se le confiere expresamente el carácter de apelable. En tal sentido, se tiene por satisfecho el cumplimiento de este requisito como formalidad para presentar la apelación.

c.- Análisis de exposición de agravios:

En cuanto a la construcción del agravio, la apelante ha criticado tres aspectos de la resolución: a) la falta de motivación del proveído apelado respecto de la probable existencia del ilícito y participación de su defendido en su consumación; b) la apariencia de buen derecho en sí misma como basamento de la media cautelar impuesta en el caso en concreto, y la relación entre ambas; y c) el peligro de fuga inherente a la persona de su cliente.

De la lectura comprensiva del libelo, se denota cierta contradicción implícita en la argumentación del primer agravio simultáneamente con el segundo: pues primeramente la apelante se queja de una presunta falta de exposición de motivos por parte de la juez sobre la probabilidad positiva de existencia de la incriminación, afirmando -en primer lugar- que ésta es totalmente ausente, y posteriormente que la misma ha sido sustentada en frases rutinarias y transcripción de diligencias de investigación. Sin embargo, al desarrollar su percepción sobre la concurrencia del delito de Ejercicio Violento del Derecho, hace algunas críticas a las “derivaciones judiciales”, entendiéndose estas como conformantes de la motivación plasmada en el auto de imposición de medidas cautelares.

De esta manera, la recurrente cae en el equívoco de afirmar de manera sincrónica que la motivación judicial está ausente; pero a su vez que ésta existe por ser el basamento de las críticas esgrimidas en el segundo agravio. Asimismo, al argumentarse la concurrencia del vicio de la falta de fundamentación en un proveído, primeramente debe identificarse cuál de las manifestaciones de este defecto es el que, según la perspectiva de la recurrente, afecta la decisión impugnada.

Sobre este punto, el art. 400 No. 4º Pr. Pn. expone las tres formas típicas de este vicio que atañe a la motivación judicial: que ésta falte, sea insuficiente o contradictoria. En ese orden de ideas, se estimará que falta la fundamentación cuando no fuere posible encontrar en el cuerpo de la resolución el desarrollo argumentativo que exhiba las razones que llevaron al juzgador a determinarse por la decisión finalmente adoptada. Esta ausencia de motivación será total, cuando no se ha expuesto en absoluto idea o argumento alguno que sirva como sustento a una decisión; o

también puede ser parcial cuando existe un proceso argumentativo plasmado en la resolución, pero en el íter de ideas existe un vacío o un punto sometido a discusión y sobre el cual el *A Quo* ha guardado silencio.

En cuanto a la fundamentación insuficiente, la disposición precitada brinda una descripción de esta manifestación típica del defecto enunciado, y que consiste en la utilización por parte del juzgador de contenido insustancial como formularios, afirmaciones dogmáticas o el simple relato de los hechos para sustituir la reflexión minuciosa de cada caso.

Por último, cuando se habla sobre fundamentación contradictoria, se da por sentado que ésta existe y que consta de un desarrollo argumentativo comprensible; pero al contraponer algunas partes de su contenido, se puede concluir que ésta considera tesis opuestas como valederas y simultáneamente aplicables al caso.

Para el caso en conocimiento, la recurrente inicia proponiendo que el proveído adolece de falta de fundamentación por carecer de un análisis de tipicidad concreto por no existir en el auto apelado un apartado específico en el que se desarrolle la adecuación de la conducta atribuida al ilícito; pero súbitamente hace un cambio hacia la fundamentación insuficiente al afirmar que no se ha especificado qué diligencia fue considerada por la jueza *A Quo* de la que se extrae la actuación dolosa de su defendido.

Posteriormente incluso plantea que el proveído ha sido aparentemente motivado por haberse enumerado las diligencias de investigación consideradas para arribar a la decisión ahora impugnada y al afirmar la *A Quo* que éstos contienen un mínimo de actividad probatoria como para sustentar las medidas cautelares impuestas. Por último, afirma que no existe un pronunciamiento judicial sobre los aspectos de tipicidad planteados por ella en el trámite de la audiencia.

Como puede apreciarse, se ha planteado la existencia de todos los tipos de falta de motivación en la misma resolución, tratándose los dos primeros sobre el mismo aspecto: la determinación de la existencia del ilícito a partir del examen de tipicidad. Si bien la ausencia de motivación como la fundamentación insuficiente son ambas manifestaciones del mismo vicio, carece de sentido dilucidar cuál de ellas intentó denunciar la recurrente en su libelo impugnativo cuando ella misma acepta a lo largo de su argumentación -v. gr. párrafos segundo y tercero de la página seis de la numeración interna del recurso, o párrafo segundo de la página siete del recurso- que la juez ha “derivado” e incluso “extrapolado” elementos propios del tipo para el caso como el

dolo o la ejecución material del tipo por parte de su defendido.

Tales alocuciones permiten inferir que la queja promovida por la apelante no es en realidad un planteamiento de nulidad por ausencia de motivación en cualesquiera que sus manifestaciones fueren; más bien parece una discrepancia de criterio en cuanto a la percepción judicial de los hechos y su adecuación típica, pues la crítica de las derivaciones judiciales - indistintamente de su incorrección o conformidad con la lógica- es incompatible con el motivo de apelación propuesto.

En cuanto a la transcripción de las diligencias de investigación, ésta constituirá un vicio asequible de conocimiento en sí mismo cuando las mismas sustentaren fortuitamente la decisión judicial sin que les anteceda o acompañe consideración alguna sobre los hechos o su adecuación. Sin embargo, y como se desprende de la misma argumentación exhibida por la recurrente, tales transcripciones han sido hechas como un apartado descriptivo de los elementos considerados para arribar a una decisión, por lo que no puede estimarse como un agravio susceptible de un estudio de fondo su inclusión en el auto apelado.

Sobre el cuarto y último punto, los mismos consisten en aspectos de tipicidad que son abordados por la recurrente en el segundo agravio argumentado; por lo que serán objeto de análisis en el respectivo apartado posteriormente.

Por los motivos antecedentes, se logra concluir que el primer agravio relativo a la presunta ausencia de motivación del proveído apelado carece del contenido esencial como para trascender del examen liminar de admisibilidad; por lo que su solución jurídica aplicable es el rechazo por vía de la **inadmisibilidad**.

En cuanto al segundo punto, la recurrente propone que no se puede colegir la existencia de los hechos incriminados a partir de lo agregado en las diligencias iniciales de investigación; ya que ninguno de ellos revela cómo concurre en su defendido el dolo para cometer el ilícito, no consta de qué manera se ha dado la orden para realizar el acto presuntamente constitutivo de delito o cuál de los verbos rectores del tipo ha cumplido.

Si bien la discusión sobre el fondo de la imputación no es susceptible de ser objeto de debate en este momento procesal en sede de Segunda Instancia, la recurrente vincula la apariencia de buen derecho con la medida cautelar en el sentido que ésta es un presupuesto para su determinación.

En ese entendido, se **admite** la apelación por este punto, pronunciándose sobre el fondo

de la queja impetrada en un apartado posterior.

Sobre el tercer punto relativo al peligro de fuga, éste será considerado en conjunto con el segundo punto; pues ambos elementos *-fumus boni iuris y periculum in mora-* conforman el basamento de la medida cautelar recurrida. Por lo que se **admite** este punto a efecto de examinar los motivos alegados como indicativos de la vinculación entre el imputado y el proceso penal.

II.- ARGUMENTOS JUDICIALES.

Con relación a los puntos apelados, la Juez Segundo de Paz de San Salvador, en el auto de las doce horas del veintitrés de diciembre de dos mil dieciséis, ha motivado lo siguiente:

“La Suscrita considera que a partir del análisis de la teoría fáctica y diligencias probatorias agregadas al requerimiento fiscal, la conducta atribuida al imputado JORGE ALBERTO P. Q., se adecua a los presupuestos hipotéticos establecidos en el artículo 319 del Código Penal, que regula el delito de EJERCICIO VIOLENTO DEL DERECHO, que literalmente sanciona (...).

En este delito el bien jurídico protegido es el monopolio del Estado, en el uso legítimo de la fuerza para la resolución de conflictos, asimismo podrían verse afectados íntegramente otros bienes jurídicos dependiendo de los medios comisivos utilizados en la realización del hecho considerado ilícito.

Para que dicho ilícito se configure, es necesaria la concurrencia de ciertos presupuestos, requeridos por el tipo penal, tales como: a) Que exista la titularidad del derecho ejercido en el sujeto activo, o que realmente dicho derecho no exista, pese a considerarse que existe la titularidad; b) Que se haya cometido por medio de violencia, intimidación, o por medio de la fuerza en las cosas, refiriéndose al ejercicio del pretendido derecho sobre un bien, y no a la apropiación de un objeto; y c) Que el sujeto activo hubiera podido acudir a la autoridad, no recayendo en la existencia de dicho delito de habersele imposibilitado al sujeto activo acudir a la autoridad competente.

En ese sentido, el tipo subjetivo, requiere que el sujeto activo creyese estar ejerciendo un derecho, el cual realmente no existe, ya que no está derivado del ordenamiento jurídico sino únicamente de la creencia particular del sujeto activo, que nace por tener titularidad del derecho cuyo ejercicio se pretende; o si existe, no es ejercido mediante la forma y procedimientos legalmente determinados para su protección y salvaguarda.

Por otra parte, el sujeto pasivo es el Estado, como titular del monopolio legítimo del uso

de la fuera para la solución de conflictos entre ciudadanos, y de forma subsidiaria la persona que directamente se vio afectada, es decir en el caso en concreto, el señor **MARVIN RENE S. T.**, tal y como lo relaciona en la denuncia interpuesta en Sede Fiscal la referida víctima que consta a folios seis, y en la entrevista de ofendido, agregada a folios siete y siguientes del expediente judicial, en la que se amplían las circunstancias a las que fue expuesto, por los medios comisivos ordenados por el sujeto activo señor **JORGE ALBERTO P. Q.**, en su calidad de Presidente del Instituto Nacional de los Deportes (INDES).

En cuanto al dolo (conocimiento y voluntad), de parte del imputado por ser un elemento subjetivo, debe abstraerse de los elementos objetivos de la conducta típica realizada y, en ese sentido, puede sostenerse que el procesado ha actuado con dolo, y que se ha acreditado con probabilidad positiva que el señor JORGE ALBERTO P. Q., actuó con el conocimiento pleno de la ilicitud del hecho que realizó, no materialmente, pero sí otorgando la orden para el desalojo de bienes que se encontraban en el interior de un local ubicado en el INDES, ocasionando daño al Estado, como único ente con la potestad de utilizar la coacción en el ejercicio de un derecho. En virtud de lo anterior, el uso de la violencia, la intimidación o la fuerza en las cosas consuman la infracción, se haya o no logrado la finalidad propuesta por el sujeto activo, de modo que es difícil la tentativa, aunque la jurisprudencia ha expuesto que podrá existir en algún caso, como cuando se intente intimidar y no se logre su perfección.

La violencia utilizada en el presente caso se concreta a partir del momento en que se rompió el candado que mantenía cerrado el local que el señor MARVIN RENE S. T., utilizaba para sus actividades como Director Propietario del Club Deportivo Pez Sierra y con el desalojo de los bienes que se encontraban en su interior, tal y como puede apreciarse de manera ilustrativa a través de las fotografías agregadas al expediente judicial.

(...)

III. EN CUANTO A LA EXISTENCIA DEL DELITO Y LA PROBABLE PARTICIPACIÓN DEL IMPUTADO EN LA COMISIÓN DEL MISMO, SE CUENTA CON LOS INDICIOS PROBATORIOS SIGUIENTES:

(...)

Elementos que dentro de la mínima actividad probatoria que para esta fase inicial del proceso se requieren, son suficientes para sustentar de forma probabilística los extremos procesales de la imputación delictiva, es decir, la existencia del ilícito de **EJERCICIO**

VIOLENTO DEL DERECHO, y la probable participación del procesado señor **JORGE ALBERTO P. Q.** en el mismo, siendo procedente por ello pasar el presente caso a la Etapa de Instrucción.

IV. EN CUANTO A LA MEDIDA CAUTELAR A IMPONER

Se advierte que para la adopción de dicha medida debe valorarse la concurrencia de los requisitos de procesabilidad regulados en el numeral uno del artículo trescientos veintinueve del Código Procesal Penal, como es el *Fumus Boni Iuris*, el cual requiere que se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito, así como la probabilidad suficiente de que el imputado es autor o partícipe del mismo, sobre ello en el caso concreto se ha acreditado la existencia de forma indiciaria del delito de **EJERCICIO VIOLENTO DEL DERECHO**, y la probable participación del procesado señor **JORGE ALBERTO P. Q.** en la comisión del mismo, como autor intelectual.

Así también se exige la existencia del *Periculum in Mora*, que se refiere al peligro de fuga o sustracción de la justicia, lo cual impide que el proceso se desarrolle y que se cumpla la sentencia en caso de ser condenatoria, requisito que el Legislador incorporó en el numeral dos del artículo ya citado, que establece que el delito tenga señalada una pena de prisión cuyo límite máximo sea mayor a tres años o que siendo inferior se considere necesaria la privación de libertad.

En atención a las circunstancias del hecho y en vista que el delito acusado es considerado menos grave según el artículo dieciocho del Código Penal, en razón de la posible sanción a imponer al responsable, siendo en el caso concreto **DÍAS MULTA**, no existiendo prisión para el mismo; y dándose el caso que el procesado ha atendido a diversos llamados judiciales realizados por este Juzgado, tanto para presentarse a la respectiva intimación, como a la correspondiente audiencia inicial, se considera necesario mantener vinculado al imputado al presente proceso por medio de medidas cautelares, no considerando que éste pueda realizar alguna acción que afecte la investigación del presente proceso; razones por las cuales, **se considera procedente ordenar la Instrucción del proceso con la aplicación de Medidas Sustitutivas o Alternativas a la Detención Provisional (...)**” (sic) [Mayúsculas, resaltado y cursiva del original].

III.- ARGUMENTOS DE APELACIÓN

La apelante, con relación a los puntos por los cuales se ha admitido el recurso, ha desarrollado el agravio denunciado de la siguiente manera:

“Incluso va más allá la juzgadora, afirmando aspectos que se desconoce de dónde los deriva, tales como que la afectación causada a la víctima fue por “los medios comisivos ordenados por el sujeto activo señor JORGE ADALBERTO P. Q.” y que “el procesado ha actuado con dolo, ya que se ha acreditado con probabilidad positiva que el señor JORGE ALBERTO P. Q., actuó con el conocimiento pleno de la ilicitud del hecho que realizó, no materialmente, pero sí otorgando la orden para el desalojo de bienes que se encontraban en el interior de un local ubicado en el INDES, ocasionando daño al Estado, como único ente con la potestad de utilizar la coacción en el ejercicio de un derecho”.

Y cuestionamos esta derivación, en tanto que en la resolución no hay rastro de las premisas que sustentan tales afirmaciones, ya que hasta este punto, simplemente se ha transcrito la relación circunstanciada de los hechos, las consideraciones doctrinarias respecto del delito de Ejercicio Violento del Derecho y la enunciación de la denuncia y entrevista rendidas por el supuesto afectado.

¿Cuál es la diligencia o prueba de la cual la Juez de Paz extrae que mi defendido fue quien ordenó llevar a cabo los actos por los cuales se considera el señor ofendido Marvin René S. T.?

¿Dónde está consignada esa “orden” que dio mi defendido de ejercer violencia e intimidación en personas o de emplear fuerza sobre cosas (en este caso romper candados), con tal de ejercer el pretendido derecho a que se refiere la norma?

¿De dónde extrapola la Juez de Paz el dolo? Valga decir que ella misma señala que este consiste en el conocimiento y voluntad de ejecutar un acto. Sin embargo, no hay ninguna referencia respecto a cómo la aplicadora de justicia concluye que mi defendido sabía y quería que se ejecutara la acción típica a que se refiere el art. 319 Pn. Simplemente afirma que “ha actuado con dolo”.

En otras palabras, para que haya dolo, el imputado debe estar consciente y querer la acción y el resultado de la conducta señalada en el tipo penal, es decir, que él haya ido personalmente a romper los candados en el local arrendado al Marvin René S. T. o en su caso que éste así lo haya ordenado hacer de forma específica. (...)

Podrá advertir la Cámara que conocerá de este recurso, que en el acta de audiencia inicial esta defensa técnica planteó a la juzgadora diversos argumentos por los cuales se perfilaba la falta de establecimiento de la probabilidad positiva de existencia del delito, tales como ya se había seguido un trámite interno para lograr el desalojo del local por parte del señor Marvin René S. T.

y que este había hecho caso omiso de las distintas notificaciones que se le habían hecho para ello, que éste no había realizado pago de cánones de arrendamiento, como además que para el momento en que acaeció el evento denunciado por dicho señor, el contrato de arrendamiento ya no estaba vigente, mismo que se suscribió en el año dos mil doce cuando ni siquiera mi defendido presidía el INDES.

Asimismo se plantearon argumentos por los cuales se evidenciaba que el señor Jorge Alberto P. Q. no había tenido ningún tipo de intervención en los hechos denunciados por el ofendido Marvin René S. T., ni como autor directo (en tanto que no intervino personalmente en ningún acto de ejercicio de violencia en el local que menciona S. T.), autor mediato (no se valió de otra persona como instrumento para lograr que la misma ejecutase la acción) ni mucho menos como instigador (no creó ni generó el dolo en otra persona para que esta a título personal ejecutase la acción delictiva).

(...)

Y tal circunstancia procesal deviene en la concurrencia de un agravio al imputado y a esta defensa, en tanto que la aplicación de cualquier medida cautelar debe estar inexorablemente precedida de un examen previo de los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo penal atribuido al procesado y una confrontación de indicios -verificables en las diligencias iniciales de investigación- que lleven a pensar que los hechos investigados se enmarcan al tipo penal objeto de análisis; y es que si no hay apariencia de buen derecho, no hay justificación para imponer ninguna medida cautelar, por más leve que ésta sea.

De haberse realizado una derivación apegada a derecho por parte de la juez respecto de las diligencias de investigación presentadas, la conclusión tendría que haber sido la de falta de probabilidad de existencia del delito de Ejercicio Violento del Derecho como falta de probabilidad de existencia de algún tipo de intervención de mi defendido en tales hechos, y por ende, no imponer ningún tipo de medida cautelar dado que no se perfila ninguna actividad delictiva.

Y ante esa falta de apariencia de buen derecho, el peligro de fuga automáticamente se desvanece, dado que no tiene lógica que un imputado vaya a sustraerse de la acción de la justicia si el mismo proceso es endeble por la débil conformación de la apariencia de buen derecho, máxime si se trata de un delito que no tiene como sanción pena de prisión.

No debe perderse de vista que en toda clase de procesos, las medidas cautelares deben

corresponderse a los efectos que se pretenden garantizar y que eventualmente han de concurrir mediante la sentencia que corresponda, por lo que en la medida que no haya necesidad de imponer ninguna medida cautelar, así debe resolverse, no solo imponerlas por mero formalismo u obligación.

(...)

No olvida esta defensa técnica hacer mención del desvanecido peligro de fuga u obstaculización por parte del señor Jorge Alberto P. Q., quien como ha quedado evidenciado en el expediente, funge como presidente del Instituto Nacional de los Deportes (INDES), por lo que se perfila un sólido arraigo laboral, al desempeñarse como funcionario público, que difícilmente evadirá la acción de la justicia, menos ante un delito que ni siquiera tiene señalada pena de prisión.” (sic) [Mayúsculas del original].

III. ANÁLISIS JURÍDICO

Corresponde en este apartado emitir un pronunciamiento sobre los puntos del recurso admitidos, siendo estos la concurrencia de apariencia de buen derecho para el caso en concreto y el riesgo de fuga construido a partir de los argumentos planteados en el recurso de apelación.

De esta manera, y con la finalidad de brindar un proveído ordenado, **(i)** se teorizará primeramente sobre los parámetros de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*; a efecto que éstas consideraciones puedan ser utilizadas en **(ii)** un apartado específico sobre se examine la apariencia de buen derecho para el caso en concreto, y otro **(iii)** dedicado exclusivamente al peligro de fuga. Finalizado lo anterior, se emitirá una **(iv)** conclusión sobre la concurrencia del vicio denunciado.

(i) La *potestad cautelar genérica* consiste en la facultad conferida en el ordenamiento jurídico a los jueces o aplicadores de la ley -en el caso de los procedimientos de orden administrativo- para limitar o interferir en la esfera jurídica fundamental de alguna de las partes en litigio, o excepcionalmente en la de un tercero relacionado con el objeto litigioso, durante el trámite de un proceso formal en el que se dirime la aplicación del derecho a un interés específico.

Por la función que las medidas cautelares cumplen como herramientas efectivizadoras del proceso, estas son aplicables en cada rama específica del derecho de acuerdo a las particularidades y propósitos que se ha encomendado al ámbito objeto de regulación; de tal forma que la interpretación de sus presupuestos de procedencia variará de acuerdo con los parámetros

propios de la materia o conflicto al que se aplicarán.

Para el caso del derecho procesal penal, éste se concibe como la operativización de la tutela judicial efectiva -como categoría extraíble del art. 2 párrafo primero Cn.- a través de la creación de un andamiaje de actuaciones cimentado en las garantías propias del proceso constitucional y convencionalmente configurado. El propósito del proceso penal es entonces, el lograr que la discusión sobre la aplicación de ley penal sustantiva se suscite en un marco mínimo de garantías que concilien los dos intereses imbricados en el conflicto: por un lado el respeto a los derechos y garantías fundamentales de la persona procesada; y por el otro el interés de la víctima y la sociedad en general de juzgamiento y sanción de la criminalidad.

En ese contexto, el *fumus boni iuris* -o apariencia de buen derecho- consiste en el juicio de probabilidad positiva sobre la existencia de la incriminación investigada o ya manifestada en el requerimiento fiscal, y de participación del sujeto incoado en la misma; todo lo anterior deducible exclusivamente de los elementos aportados por las partes procesales, sean éstas diligencias iniciales de investigación u otros documentos aportados por la defensa o el mismo sindicado.

Es una obviedad el mencionar que para construir este presupuesto, debe realizarse un examen de adecuación mínima de los hechos atribuidos a la ley penal sustantiva, haciendo un ejercicio de conformidad de la conducta incriminada con el tipo bajo el cual ésta se ha calificado. Sin embargo, no puede exigirse de este esfuerzo una labor acabada, puesto que éste constituye únicamente un juicio provisorio para efectos cautelares y no una suerte de juicio anticipado.

El *periculum in mora* en términos generales puede ser conceptualizado como la medida de riesgo que para los fines del proceso se puede deducir de los hechos incriminados y demás circunstancias circundantes a los mismos; especialmente lo referido a las condiciones personales del imputado que sirvan como indicativos de la posibilidad de fuga y el grado de vulnerabilidad de las víctimas o de la investigación en curso.

Este concepto tiene dos manifestaciones en el proceso penal: el *peligro de fuga* por parte del imputado y el *peligro de demora en la investigación*. El primer parámetro puede ser entendido como la posibilidad real, deducida de los elementos de investigación, gravedad de la calificación jurídica de la imputación y los arraigos acreditados en favor del procesado, que este se mantendrá vinculado al proceso penal durante el tiempo que dure a efecto que pueda cumplir una eventual sentencia.

Por otro lado, el peligro de demora u obstaculización de la investigación considera la posibilidad real que el imputado tiene por sus propios medios de intervenir en la investigación influyendo en el dicho de la víctima -en los casos que esta fuere una persona concreta y conocida por el procesado- o los testigos, modificar objetos o documentos que eventualmente pueden servir como pruebas y cualquier otra actuación que pueda viciar la indagación en curso e influir en sus resultados.

La determinación del *periculum in mora* es de medular importancia en el proceso penal, pues de ello depende la naturaleza de la medida cautelar que se impondrá. Es menester acotar que la medida cautelar tiene en sí misma una finalidad meramente instrumental, por lo que deberá ser impuesta únicamente en aquellos casos en los que se evidencie la *necesidad* de mantener vinculado al imputado al proceso; valiéndose de los medios *idóneos* para hacer mermar el peligro de fuga u obstaculización del procesado y siempre con la *proporción* adecuada respecto de los hechos incriminados.

(ii) a. Como primer punto para determinar la apariencia de buen derecho en el caso en conocimiento, se impone la necesidad de hacer un somero análisis del tipo bajo el cual se ha calificado la conducta atribuida, que es el ilícito denominado “Uso Abusivo del Derecho”, descrito y sancionado en el art. 319 Pn. y que se lee:

“El que con el objeto de ejercer un pretendido derecho cuando podría haber acudido a la autoridad, se valiere de intimidación o violencia contra las personas, será sancionado por denuncia de la persona agraviada, con multa de cien a ciento cincuenta días multa.

El que con el mismo propósito hubiere empleado fuerza sobre las cosas, será sancionado con diez a cincuenta días multa.”

Debe iniciarse el análisis del tipo a partir del bien jurídico protegido a través de esta disposición, que -de acuerdo con la sistemática del Código Penal- es la Administración de Justicia. Esto es así debido a que, a pesar de reconocerse otras lesiones a bienes jurídicos fundamentales como medios comisivos del ilícito como el patrimonio, la autonomía personal o la integridad física; su protección y eventual resarcimiento se encuentra abarcada dentro del ámbito de aplicación de este precepto al figurar la persona afectada como ofendida.

Es por este motivo que se considera al individuo que sufre el perjuicio directo por la conducta como un ofendido y no como una víctima subsidiaria; pues tal alocución genera la errónea percepción que el reconocimiento del daño sufrido surgirá únicamente ante la eventual

ausencia de la “víctima primaria”, expropiándole del conflicto producto del cual se ha generado una obligación de resarcimiento por parte del sujeto activo.

Sin embargo, debe considerarse como parámetro esencial para calificar correctamente la conducta la intensidad de la lesión a los bienes jurídicos arriba mencionados, ya que en aplicación a los criterios concursales dispuestos en la ley penal, cobrará una relevancia penal preponderante una conducta constitutiva de daños, coacción, amenazas o lesiones -en cualquiera de sus distintas modalidades- sobre la aplicación individual del tipo de Uso Abusivo del Derecho.

El primer elemento objetivo del tipo consiste en la excusa de la acción reprochable a partir de la creencia por parte del sujeto activo de encontrarse en el ejercicio de un pretendido derecho. Ello implica que necesariamente debe haber una relación previa entre sujetos activo y pasivo de la cual pueda desprenderse la existencia de una obligación formal por parte de éste último para con su victimario.

No debe interpretarse este término de manera estrictamente formal, entendiendo como obligación solamente aquello que surge a partir de un contrato; sino que para comprender mejor el contexto social objeto de regulación debe tomarse en cuenta que existen obligaciones que emanan directamente de la ley por distintas maneras -como por ejemplo las presunciones- y que representan situaciones jurídicas reconocidas por el derecho.

Este primer componente se encuentra íntimamente enlazado con el segundo elemento objetivo del tipo y es el hecho que la obligación emanada del derecho cuyo ejercicio se ha pretendido, sea exigible por la vía judicial o administrativa; es decir, que el conflicto sea susceptible de solución por una vía heterocompositiva legítima.

Más allá de un examen sobre la factibilidad de ejecutoriedad del título o facultad legal que genera la obligación, debe verificarse que el Estado ha establecido de antemano un procedimiento ante una autoridad jurisdiccional o administrativa dotada de la capacidad para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, y que éste cuente con fuerza de ley.

La razón por la cual debe constatarse la existencia de un mecanismo legal de reclamación del derecho es porque el núcleo del disvalor de la acción contenida en el Uso Abusivo del Derecho es precisamente el menosprecio manifiesto por parte del sujeto activo hacia las formas generalmente legitimadas de resolución de conflictos, arrogándose de hecho el uso de fuerza o violencia que el Estado ha reservado para sí, y que utiliza bajo presupuestos racionales.

Como último punto, se establecen tres formas de violencia como medios comisivos:

violencia sobre las personas *-vis física-* que consiste en una agresión contra la integridad física de la persona de quien se reclama el cumplimiento del derecho; violencia psicológica *-vis compulsiva-* ejercida usualmente en forma de intimidación con la finalidad de forzar a un individuo a realizar un acto contrario a su voluntad; y violencia sobre las cosas *-vis in rebus-* que es el daño al patrimonio causado mientras el sujeto activo ejerce su pretendido derecho.

Esta última, al consistir en un daño de carácter patrimonial, se considera que la lesión al bien jurídico carece de la significancia como para equipararla a los ataques a la integridad física o autonomía personal representados en los otros dos tipos de violencia; por lo que se le ha conferido una penalidad inferior.

b. En el caso en conocimiento, a partir de los elementos enunciados por la resolución apelada y el ejercicio de adecuación al tipo penal de Ejercicio Violento del Derecho en ella exhibido, se tiene lo siguiente:

Se logra identificar con certeza la existencia de un sujeto activo que es el señor Jorge Alberto P. Q., quien funge como presidente del Instituto Nacional de los Deportes y que como tal, ostenta capacidad de decisión sobre la gestión de las dependencias sujetas a su administración.

Respecto del sujeto pasivo, se reconoce como tal a la Administración de Justicia, y al ser éste un ente abstracto cuya lesión no es constatable de manera inmediata o tangible, la preterición comportada por el ilícito en conocimiento se tendrá por provisoriamente establecida si del examen de tipicidad resulta que se ha ejercido un derecho por una vía alterna o distinta a la legalmente estatuida para su reclamación.

Asimismo, se ha logrado individualizar como sujeto ofendido al señor Marvin René AS. T. por ser él titular del “Club Deportivo Pez Sierra”, que es la institución que fue desalojada forzosamente por la administración del Instituto Nacional de los Deportes.

En cuanto a la relación jurídica o formal de la cual se ha originado el derecho que las autoridades del Instituto Nacional de los Deportes ejercieron a través del desalojo forzoso, si bien se reconoce que no se ha agregado al expediente el original -o copia certificada en su defecto- del contrato de arrendamiento que vinculaba a los sujetos activo y ofendido; sí se cuenta con múltiples facturas expedidas por el mismo INDES en las que consta haber recibido, de parte del cliente “Club Deportivo Pez Sierra”, una cantidad dinero en concepto, entre otros, de arrendamiento por la piscina pedagógica.

De igual forma se cuenta con cartas suscritas por autoridades del INDES por las que se le comunica al señor S. T. la autorización para el uso de la piscina pedagógica previo pago del canon en colecturía institucional.

De los elementos anteriores puede inferirse que entre el señor S. T. y la autónoma INDES -por medio de su presidente y representante legal Jorge Alberto P. Q.- existe una relación contractual de arrendamiento, en razón de la cual el primero se obligaba al pago de cánones mensuales a cambio de que se le permitiera el uso de un inmueble, que es la piscina olímpica ubicada en el Estadio Nacional Jorge “El Mágico” González, con fines pedagógicos.

La existencia de este vínculo, dada su naturaleza eminentemente jurídica, para efectos penales es considerable como una fuente de obligaciones y derechos correlativos entre las partes; y a partir del mismo, puede alguno de ellos razonablemente -como sostiene la hipótesis fiscal que ha sido el caso del sujeto activo- generarse una representación positiva de encontrarse en el ejercicio de un derecho al haber incurrido en la conducta cuya ilicitud se reputa.

En ese orden de ideas, para efectos penales -por coherencia con la estructura del tipo- es indistinto que se argumente que el señor S. T. se encontrara una situación de mora o la existencia de avisos previos al desalojo forzoso; pues al remitirnos al texto de la disposición legal, ésta lo único que exige es que haya existido una vía legal bajo la cual se pudiere proceder al ejercer la reclamación de un derecho legítimo.

No se trata entonces de comprobar, desde una perspectiva propia del derecho privado, la vigencia en términos civiles del derecho vulnerado al ofendido, sino que se ha ejercido la restitución de un derecho por una vía distinta a la legalmente habilitada para tales efectos. Así, establecida la existencia de una relación jurídica como fuente correlativa de obligaciones y derecho, el análisis se finca en la conducta externada por el procesado a través de la cual se exige el cumplimiento del derecho presuntamente debido y su conformidad con las leyes.

Para acreditar tal cuestión se cuenta, tal como lo ha manifestado la Juez *A Quo*, con dos elementos de investigación importantes: la comunicación oficial del INDES al señor S. T. notificándole la cesación del arrendamiento, y las notificaciones de desalojo en que se concede un plazo de setenta y dos horas al ofendido para retirar material de trabajo del espacio arrendado. La documentación anterior, según consta, ha sido firmada en su totalidad por el imputado P. Q. como presidente de la referida autónoma.

A partir de lo anterior puede razonablemente considerarse que el señor P. Q. es la

autoridad encargada de gestionar el trámite por el cual se pone fin a la relación contractual entre el ofendido y la institución que preside. Sin embargo, a pesar de existir un vínculo formal entre sujeto activo y ofendido, existe una probabilidad positiva de daño a la Administración Pública en razón que, por el momento, no se ha justificado la conformidad legal del trámite de desocupación seguido por la administración del INDES respecto del señor S. T.

De acuerdo con la legislación aplicable al caso, el cauce para solventar ese tipo de conflictos se encuentra regulado en el art. 477 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles, que es la vía a través de la cual se asegura el ejercicio racional de la violencia estatal solamente hasta que se ha agotado un proceso con garantías suficientes para ambas partes.

De igual manera, de la certificación extendida por el imputado como presidente del INDES en el que se justifica el trámite de desalojo forzoso del ofendido, no se aprecia por el momento que se haya actuado de conformidad a algún sustento legal especial aplicable al caso, por tratarse de una institución autónoma y estar sujeta a un régimen distinto.

Para ello es especialmente importante hacer notar que según el acta de desalojo -agregada a folios 149-, se hace constar literalmente que los señores José Antonio M., Delma Dinora Z. y Carlos César A. R., a las catorce horas con veinte minutos del treinta de junio de dos mil quince, se constituyeron en las instalaciones de las piscinas pedagógicas ubicadas en el Estadio Nacional Jorge “El Mágico” González *“para darle cumplimiento a instrucciones superiores de desalojo en las oficinas administrativas que ocupa el Club Pez Sierra, siendo su representante el señor Marvin René T. S.”*.

Constando en el expediente que la persona encargada de dar impulso al proceso de terminación de contrato de arrendamiento entre el ofendido y la institución autónoma era el señor P. Q., razonablemente puede creerse que la orden superior de desalojo emanó de su autoridad. Lo anterior, se reitera, no es una inferencia infundada de participación; sino que, en vista de los antecedentes, es una derivación lógica y coherente con que consta como actuado.

Por todo lo anterior, no obstante reconocerse que el proceso se encuentra en una fase incipiente y que el juicio expresado en las líneas anteriores es de carácter provisorio, puede sostenerse que existe una apariencia de buen derecho cimentada en la probabilidad positiva de existencia de una conducta penalmente relevante y de participación del procesado en el mismo como autoridad encargada de velar que los trámites seguidos por la institución que preside sean realizados de conformidad al ordenamiento legal vigente y aplicable.

(iii) Con relación a la discusión propuesta por la recurrente sobre el peligro de fuga derivable de la situación en que se encuentra su defendido, se han propuesto un solo aspecto: el arraigo laboral sólido a partir que el señor Jorge Alberto P. Q. actualmente funge como presidente del Instituto Nacional de los Deportes.

Tal cuestión, como lo ha planteado la apelante, pareciera ser más bien una apelación al cargo que su defendido ejerce y no un arraigo en sí mismo, puesto que el desempeñarse como funcionario público no es *per se* una garantía de sometimiento a un proceso tramitado en su contra.

Lo pretendido a través de la acreditación de un arraigo laboral es generar en la convicción del juzgador la percepción que la persona sometida a un proceso tiene una actividad económica estable, que le dificultaría una eventual fuga; lo cual se comprueba indistintamente ésta sea ejercida de forma particular o en la administración estatal.

Al no haber otro argumento en el recurso que debata el peligro de fuga percibido por la jueza *A Quo*, esta Cámara comparte el criterio bajo el cual se ha concedido la medida cautelar dictada sobre el procesado en razón que éste refleja una proporcionalidad idónea entre los intereses en pugna: la apariencia de buen derecho determinada en el análisis antecedente conjugada con la gravedad del ilícito -que por tener una pena máxima de ciento cincuenta días multa es clasificado como menos grave-; y el interés de la sociedad y el ofendido que el proceso pueda impulsarse hasta su eventual fase final con la presencia del procesado.

Se estima asimismo que la presentación cada treinta días al Juzgado Segundo de Instrucción de San Salvador no es una injerencia grave al derecho fundamental de libertad personal del procesado, sino más bien es idónea dado que el considerable lapso entre cada una de las presentaciones no genera una restricción irracional a su persona. Por último, en conformidad con la apariencia de buen derecho determinada, existe un grado mínimo de necesidad de mantenerle vinculado al proceso.

(iv) Verificado que ha sido el contenido del recurso impetrado, y habiéndose examinado la resolución impugnada en aquellos puntos sometidos a discusión por el recurrente, se ha encontrado que ninguno de los agravios argüidos concurre en el proveído venido en apelación.

Por lo anterior, corresponde declarar sin lugar la pretensión impugnaticia y consecuentemente se **confirmará** el auto apelado.

POR TANTO, y de conformidad con los argumentos antecedentes y los artículos 341,

452, 453, 464 y 467 Pr. Pn, esta Cámara **RESUELVE:**

A) CONFÍRMASE la resolución pronunciada por la Juez Segundo de Paz de San Salvador en audiencia inicial de las ocho horas con treinta minutos del veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis -y formalizada por auto de las doce horas del mismo día-, en la que se decretaron medidas alternativas a la detención provisional en favor del imputado **Jorge Alberto P. Q.**, a quien se le atribuye la comisión del ilícito calificado provisionalmente como **Ejercicio Violento del Derecho**, conducta descrita y sancionada en el art. 319 Pn, en perjuicio de **la Administración de Justicia**, y figurando como ofendido el señor **Marvin René S. T.**;

B) CERTIFÍQUESE la presente resolución y **REMÍTASE EN EL PLAZO DE LEY** a los Juzgados Segundo de Paz de San Salvador y Segundo de Instrucción de San Salvador, al primero junto con la certificación del expediente judicial que documenta el proceso penal recibido.

C) ARCHÍVESE oportunamente la carpeta judicial.

NOTIFÍQUESE.

PROVEÍDO POR LAS SEÑORAS MAGISTRADAS QUE LO SUSCRIBEN.