

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS AÑO 2009
PLAN DE ESTUDIO 1993**



Universidad de El Salvador
Hacia la libertad por la cultura

LA APLICACIÓN DEL CONCURSO APARENTE DE LEYES POR PARTE
DE LOS OPERADORES DEL SISTEMA PENAL SALVADOREÑO

TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTAN:

ANA RUTH ALBERTO CHACON
SILVIA GRACIELA CISCO BARRAZA
FATIMA SORAYA HERNANDEZ ROSALES

LIC. SANTOS CECILIO TREMINIO SALMERON
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERISTARIA, SAN SALVADOR, DICIEMBRE DE 2009

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ
RECTOR

ARQUITECTO MIGUEL ANGEL PEREZ RAMOS
VICERRECTOR ACADEMICO

LICENCIADO OSCAR NOE NAVARRETE ROMERO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VALDIMIR ALFARO CHAVEZ
SECRETARIO GENERAL

DOCTOR RENE MADECADEL PERLA JIMÉNEZ
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSE HUMBERTO MORALES
DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS
VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS
SECRETARIO

LICENCIADA BERTA ALICIA HERNÁNDEZ ÁGUILA
COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN

LICENCIADO SANTOS CECILIO TREMINIO SALMERON
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

A Dios Todopoderoso: por haberme ayudado, por darme la sabiduría y guardarme en esta etapa de mi vida, porque siempre estuvo conmigo dándome la fuerza para seguir adelante.

A mis padres: por haberme apoyado, por su esfuerzo, por sus sacrificios a lo largo de mi carrera y de mis estudios. Porque su apoyo incondicional me ha guiado a lo largo de toda mi vida y me ha dado la fuerza para salir adelante, sobre todo en esta etapa culmen de mi vida. Por todo su amor, confianza y comprensión, porque son el mejor regalo que Dios me ha dado. A mi hermana: por haber estado conmigo apoyándome en toda mi carrera y por su amor. A toda mi familia, especialmente a mis abuelos y tíos, por haberme apoyado con sus oraciones y por haber estado conmigo en todas las circunstancias que me rodearon y en mis problemas a lo largo de mis estudios y por todo su amor.

A mi esposo: por haber sido la persona que me ayudo a cargar con el peso de mis estudios, por sus consejos, su apoyo en cada cosa por pequeña que fuera, por estar conmigo y creer en mi, por darme su confianza y amor.

A mis compañeras de tesis: que son y seguirán siendo mis mejores amigas, por aguantarme en mis impaciencias y por el apoyo que nos dimos a lo largo del trabajo de investigación. Que Dios las bendiga.

A nuestro asesor de Tesis: por habernos soportado a lo largo de la investigación, por su paciencia y apoyo hasta el final de nuestro trabajo. Que Dios lo siga bendiciendo siempre.

ANA RUTH ALBERTO CHACON

A Dios todopoderoso por haberme guiado a lo largo de este camino, por iluminarme y por haber terminado de manera exitosa mi carrera, a la Virgen María por ser mi intercesora y ayudarme en todo momento.

A mis padres: por todo el apoyo que me han brindado en este tiempo, por su confianza, comprensión, amor y sacrificios que hicieron para que pudiera terminar mi carrera de la mejor manera posible, y por estar conmigo en las buenas y en las malas, y por darme los ánimos para seguir siempre adelante.

A mi hermano: por apoyarme en todo momento, desde el principio hasta el fin de mi carrera. Y a mi familia en general por encomendarme siempre a Dios para que me iluminara en mi camino y por estar conmigo siempre.

A mis compañeras de tesis: por ser las mejores amigas que he tenido y por apoyarme y soportar todos mis enojos a lo largo de esta investigación, pero que hoy gracias a Dios vemos terminado satisfactoriamente nuestro trabajo.

A nuestro asesor de tesis: por ayudarnos a realizar de la mejor manera posible nuestra investigación, por apoyarnos y brindarnos su tiempo y dedicación.

SILVIA GRACIELA CISCO BARRAZA

A Dios todopoderoso: al Padre por haberme regalado la oportunidad de coronar mi carrera, al Hijo nuestro señor Jesús por ser el ideal de mi vida, al Espíritu Santo por darme las luces necesarias durante mis estudios, Y a la Santísima Virgen María, por ser mi consuelo y apoyo en las luchas emprendidas.

A mi Padre y a mi Madre: por su trabajo, su esfuerzo y apoyo durante el tiempo de mis estudios, por haberme dado todo lo necesario para terminar lo que un día comencé con ilusión y veo culminado satisfactoriamente, siempre con ustedes a mi lado.

A mi hermana: por su apoyo y porque siempre confía en mi, que podré salir adelante en lo que me proponga.

A mi familia en general especialmente mis tías y mi abuela por haberme encomendado en sus oraciones y porque siempre que los he necesitado han estado allí, para brindarme su apoyo incondicional.

A nuestro asesor de tesis: por habernos conducido durante el desarrollo del presente trabajo, por su paciencia y su tiempo invertido en nosotras.

A mis compañeras de tesis: por haber trabajado conmigo en el desarrollo de la investigación, por haber soportado las cruces que nos toco cargar juntas durante nuestros estudios y por ser ante todo excelentes amigas y compañeras.

FÁTIMA SORAYA HERNÁNDEZ ROSALES.

INDICE

PAGINA

INTRODUCCION	¡Error! Marcador no definido.
“CAPITULO UNO”	1
EL CONCURSO DE DELITOS	1
1.1 DEFINICIÓN.....	1
1.2 UNIDAD DE ACCION Y DE DELITO	2
1.3 CLASES DE CONCURSO DE DELITOS	4
1.3.1 Concurso Ideal.....	4
1.3.2 Concurso Real	7
1.3.3 Delito Continuado	8
1.3.4 Delito Masa.....	11
1.4 PRINCIPIOS DEL CONCURSO.....	12
1.4.1 Principio de Acumulacion.....	13
1.4.2 principio de Asperacion (aspersion o agravacion)	13
1.4.3 Principio de Absorcion	13
1.4.4 Principio de Exclusion.....	13
1.4.5 Principio de la Pena Única.....	14
1.5 CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DE LA PENA EN EL CONCURSO DE DELITOS	14
1.5.1 Acumulacion Material o Aritmetica.....	14
1.5.2 Acumulacion Juridica	15
1.5.3 Criterios de Asperacion (agravacion).....	15
1.5.4 Criterio de Absorcion	16
1.5.5 Combinacion de Marcos Penales	16
1.6 REGULACION DEL CONCURSO DE DELITOS EN EL	18
CODIGO PENAL VIGENTE.....	18
1.6.1 Comisión por Omisión.....	20
1.7 EL CONCURSO DE DELITOS EN EL DERECHO COMPARADO.	21

CAPITULO DOS	26
“EL CONCURSO APARENTE DE LEYES”	26
2.1 ANTECEDENTES.	26
2.2 DEFINICION.....	28
2.3 UBICACIÓN DOGMATICA.....	32
2.4 DIFERENCIAS CON LOS OTROS CONCURSOS	33
2.5 PRINCIPIOS QUE RIGEN EL CONCURSO APARENTE DE LEYES.	35
2.5.1 Principio de Alternatividad.	38
2.5.2 Principio de Especialidad.....	39
2.5.3 Principio de Subsidiariedad.	40
2.5.4 Principio de Consuncion	43
2.6 EL CONCURSO APARENTE DE LEYES EN EL DERECHO COMPARADO.....	45
CAPITULO TRES	52
“RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO”	52
3.1 INTRODUCCIÓN	52
3.1.1 La interpretacion de la Ley Penal.	53
3.1.2 El Método Sistemático de Interpretación.	54
3.2 EL PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	55
3.2.1 El ne bis in idem.	55
3.2.2 El Principio de Proporcionalidad	56
3.3 SENTENCIAS A ANALIZAR.....	59
3.4 RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS REALIZADAS A LOS DEFENSORES PUBLICOS DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA	103
3.5 ANALISIS DE LAS ENCUESTAS A LOS PROCURADORES PUBLICOS DE LA PGR	113
3.6 RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS REALIZADAS A FISCALES AUXILIARES DE LA FISCALIA GENERAL	

DE LA REPUBLICA	115
3.7 ANÁLISIS DE LAS ENCUESTA REALIZADAS A LOS FISCALES AUXILIARES DE LA FISCALIA GENERAL DE LA REPUBLICA	1255
3.8 RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS REALIZADAS A ABOGADOS EN SU LIBRE EJERCICIO (DEFENSORES PARTICULARES Y QUERELLANTES)	127
3.9 ANÁLISIS DE LAS ENCUESTAS REALIZADAS A LOS ABOGADOS EN SU LIBRE EJERCICIO (DEFENSORES PARTICULARES Y QUERELLANTES)	13838
3.10 ENTREVISTA REALIZADA A JUECES DE LO PENAL	14040
3.11 ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS REALIZADAS A LOS JUECES DE LO PENAL.....	14545
“CAPITULO CUATRO”	148
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	14848
4.1 CONCLUSIONES.....	148
4.2 RECOMENDACIONES	1566
BIBLIOGRAFIA	159
ANEXOS	16162

INTRODUCCION

La elaboración de la presente investigación, tiene como razón primordial la realización del trabajo de graduación, con lo que se pretende lograr el título académico de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, siendo este el motivo más importante para el desarrollo de la misma.

El presente trabajo de investigación, ha sido elaborado en base a la necesidad existente dentro de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador de la realización de un estudio que explique una de las figuras de la parte general del Derecho Penal que es para un buen número de abogados y de estudiantes de derecho prácticamente solo un artículo dentro del Código Penal.

Nos referimos al Concurso Aparente de Leyes, figura que aunque en muchos países ha sido objeto de estudios minuciosos por parte de los juristas, en nuestro país se le ha relegado por parte de algunos profesionales del derecho a confundirla con el concurso de delitos, siendo como se explica en este trabajo cosas completamente diferentes, pues el concurso aparente de leyes se utiliza cuando uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales de los que solo uno basta para abarcar todo el desvalor del hecho o hechos realizados; en cambio el concurso de delitos, constituye una verdadera concurrencia de preceptos que se aplican sin excluirse entre sí.

Nuestro principal objetivo radica en contribuir al conocimiento de la figura del concurso aparente de leyes en materia penal, ubicándolo dentro de la realidad salvadoreña, para facilitar su comprensión y manejo adecuado en la práctica.

En lo referente a trabajos que investiguen el tema antes mencionado, debe decirse que no existe ninguno en la Biblioteca de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de La Universidad de El Salvador , y sólo es posible identificar un trabajo de graduación, en el que es mencionado como un apartado del Capítulo uno de dicho trabajo titulado: “La Aplicación del Delito Masa en el Código Penal Salvadoreño” realizado en el año 2007, dicho trabajo se centró en el análisis del Delito Masa, para el cual fue necesario establecer las diferencias entre el Concurso de Delitos, Delito Masa, y Concurso Aparente de Leyes.

Siendo así que el tema del Concurso Aparente de Leyes solo se mencionó de manera superficial, estableciendo su definición y sus diferencias con las figuras anteriormente mencionadas.

Nuestra investigación abarca dos aspectos claves que se envuelven dentro del Concurso Aparente de Leyes: uno de ellos referido a presentar la información doctrinal respectiva dándole un tratamiento tal, que sea fácilmente comprensible y el segundo dirigido a presentar el marco regulatorio de la misma y su efectiva aplicación por parte de los integrantes del sistema judicial. Precisamente para dar solución a una interrogante: ¿Existe aplicación de la figura del Concurso Aparente de Leyes en materia penal por parte de los Operadores del Sistema Penal Salvadoreño?

Efectivamente, la aplicación de la figura constituye el problema a investigar, y consiste básicamente en la verificación de si nuestros operadores del sistema penal, entendidos como jueces, fiscales, defensores públicos y privados aplican e interpretan de manera correcta El Concurso Aparente de Leyes, puesto que la necesidad de su regulación, estriba en evitar el abuso de las normas penales, y que a una persona se le procese por un solo hecho calificado de delito dos o más

veces, vulnerando así uno de las garantías penales establecida en el artículo 11 de la Constitución de la República conocida como Ne bis in Ídem, el cual regula que a ninguna persona se le puede juzgar dos veces por la misma conducta, aunque sea bajo la apariencia de otro delito, tal y como lo interpretan algunos tribunales de nuestro país.

Esto reviste de especial importancia, porque desde dos puntos de vista que serán sometidos a análisis, la inaplicación del Concurso Aparente de Leyes significa: 1) Doble imputación, es decir que a una persona se le procesa por dos delitos siendo que en realidad solo debe procesarse por uno para evitar la doble pena, y por consiguiente la violación al principio del Ne bis in ídem, 2) Principio de Proporcionalidad, regulado en el Art. 5 Inc. 1º Pn, el cual establece que la pena será impuesta en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado, siendo que si es solo un hecho el cometido no debe de agravarse más la pena de lo que corresponde por el único hecho realizado.

Finalmente, esperamos que la realización de esta investigación sea de provecho para el futuro lector de estas páginas, el cual será capaz, una vez finalizada la lectura del trabajo, de comprender el concurso aparente de leyes, su doctrina y principalmente su aplicación en la realidad jurídica salvadoreña, así mismo será consciente de que esta figura no es letra muerta del Código Penal y que en la práctica debe de vigilarse su aplicación para contribuir a la formación de una administración de justicia más eficaz y vigilante en la protección de los derechos y garantías constitucionales de todas las personas.

“CAPITULO UNO”

EL CONCURSO DE DELITOS

1.1 DEFINICIÓN.

En el derecho positivo no existen definiciones de lo que se entiende por concurso de delitos, estos, han sido adscritos por la doctrina y por la jurisprudencia a partir de la unidad o pluralidad de acciones típicas y tomando como referencia unas reglas legales, orientadas a fijar criterios para la aplicación de la pena imponible al responsable criminal de más de un hecho. Y ciertamente hay que aceptar que el concurso de delitos encuentra en su principal dimensión problemática y político criminal en el terreno de la determinación de la pena.

Los concursos de delitos son por consiguiente casos de concurrencia de tipos penales realizados sin que uno excluya al otro, con diferentes normas penales violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados.

La distinción conceptual entre acción y resultado permite comprender que una acción puede producir dos resultados que den vida a dos delitos, tal situación puede devenir de que una sola acción sea capaz casualmente de lesionar más de un bien jurídico, o bien de que una sola acción sea capaz de tener dos dimensiones jurídicas.

En otras palabras el concurso de delitos trata de dilucidar como debe de resolverse los supuestos en los cuales una misma persona realiza varios hechos punibles, pero para cuestiones y efectos de determinar la pena a imponer, debe saberse si se trata de un solo delito o varios.

Es necesario entender que el delito no aparece en la realidad tan sencillamente como pudiera imaginarse, es decir que el delito no siempre es resultado de un solo hecho punible, existen casos en los cuales es necesario un mayor grado de análisis para comprender que un delito puede ser el resultado de varias acciones o que varias acciones den vida a un solo hecho punible, tema estudiado por El Concurso de Delitos.

Las hipótesis sobre las que puede trabajar son múltiples, tantas como los procesos de la voluntad de los sujetos que puedan dar lugar no solo aquella sencilla relación, sino que: a) de una acción surjan una pluralidad de bienes jurídicos afectados que constituyan otros tantos delitos, b) a una pluralidad de acciones le siga una pluralidad de delitos.¹

Veamos a continuación que lo importante es identificar cuando existe la unidad de acción y de delito, cuestión que es importante al momento de identificar cuando existe un Concurso de Delitos.

1.2 UNIDAD DE ACCION Y DE DELITO

El problema común a todos los supuestos de concurso, (real, ideal, delito continuado y delito masa) es determinar cuándo hay una o varias acciones. De entrada hay que excluir la identificación entre acción y movimiento corporal y la identificación entre acción y resultado.

Una sola acción en sentido jurídico puede contener varios movimientos corporales, o dar ocasión a que se produzcan varios resultados. Veamos entonces:

¹ Pessoa, Nelson R. Concurso de delitos. Teoría de la Unidad y pluralidad delictiva. Derecho Penal Argentina. Año 1996, Pág. 140

DELITO	ACCION	MOVIMIENTO CORPORAL
Violación Art. 142 Pn	Penetración	Hecho de acechar a la víctima, privarla de su libertad, despojarla de sus prendas, etc.

DELITO	ACCION	RESULTADO
Violación Art. 142 Pn	Penetración	Lesión al bien jurídico de la Integridad Física de la víctima.

Son otros los factores que contribuyen a fijar el concepto de unidad de acción. El primero de ellos es el de la voluntad, o factor final, que es el que rige y da sentido a la pluralidad de actos físicos aislados, por ejemplo: en el homicidio la voluntad de matar unifica y da sentido a una serie de actos, como comprar y cargar la pistola, acechar a la víctima y disparar.

El segundo factor es el normativo, es decir la estructura del tipo delictivo en cada caso particular. Así aunque el factor final que rige un proceso causal sea el mismo, algunos de los actos particulares pueden tener, aisladamente relevancia para distintos tipos delictivos. Siguiendo el ejemplo anterior, el que el homicida haya tenido ilícitamente el arma con que disparó.

Cuando una sola acción, determinada con los criterios que se han señalado, realiza un solo tipo delictivo, tenemos el caso normal. Pero cuando una sola acción o varias acciones realizan varios tipos delictivos, surgen los problemas concúrsales.

1.3 CLASES DE CONCURSO DE DELITOS

Un delito puede ser cometido por varias personas, también sucede a veces que una o varias personas cometen, con una o varias acciones, dos o más delitos que son valorados conjuntamente en un mismo proceso.

Tradicionalmente el Concurso de Delitos se estructura para su estudio en Concurso Ideal y Concurso Real.

En cambio si se toma en cuenta el criterio de que si la pluralidad de acciones recae a un mismo sujeto pasivo diferenciado sería delito continuado, o sin diferenciación se refiere al delito masa.

1.3.1 CONCURSO IDEAL

El Concurso Ideal en palabras sencillas es cuando existe una acción que da vida a varios delitos o como veremos más adelante que un delito sea medio necesario para cometer otro.

Algunos autores lo definen de la siguiente manera:

Mir Puig, ² define el concurso ideal de delitos como “Cuando un solo hecho constituye dos o más delitos”

Por su parte Rodríguez Devesa³ entiende que el concurso ideal: Consiste en la comisión de varios delitos mediante un solo acto: hay una sola acción y varios delitos.

Finalmente Ángel Sanz Moran⁴ que ha estudiado con brillante profundidad y extensión este terreno dogmático, entiende que: Se califica como Concurso Ideal o formal de delitos aquellas situaciones en las que una misma acción o hecho cumplen diversos tipos penales, sin que la aplicación de uno solo de los tipos baste para colmar el desvalor jurídico-penal de la conducta.

La doctrina da una clasificación del Concurso Ideal de Delitos, la cual es:

- **El Concurso Ideal Homogéneo:** se da cuando de la acción el sujeto realiza dos o más delitos, que protegen bienes jurídicos de la misma especie. Es decir hay una ofensa a una misma norma. Ejemplo de ello sería el caso si una persona activa una granada y con el estallido mata a tres personas, se han constituido tres homicidios y se ha vulnerado el bien jurídico de la vida.
- **El Concurso Ideal Heterogéneo:** se da cuando de una sola acción se derivan dos o más delitos que protegen bienes jurídicos. Es

²Mir Puig, Santiago. Derecho Penal, Parte General. Barcelona España, 1990. Págs. 729-731.

³ Rodríguez Devesa. Derecho Penal Español, parte general, 1989. Madrid. Págs.848-849

⁴ Sanz Moran, Ángel. El concurso de Delitos. Valladolid, Universidad de Valladolid 1986, Págs. 143-145.

decir hay una ofensa a distintas normas. Ejemplo de ello, si del estallido de la bomba, se matan a tres personas y también lesiona a una más, y produce daños en un vehículo, como se puede ver existen varios bienes jurídicos tutelados.⁵

Para un sector de la doctrina existe un tipo de Concurso Ideal que puede estudiarse por separado que es el denominado Concurso Medial o Concurso Ideal Impropio. Este se produce cuando un delito es considerado como medio para cometer otro.⁶

Inicialmente la doctrina (ANTÓN Oneca, CUELLO CALON, FERRER SAMA, CUELLO CONTRERAS), se inclinaban a entender que este concurso medial se configuraba legalmente como una modalidad de concurso ideal de delitos.

La tesis que actualmente domina es la de (VIVES ANTÓN, RODRÍGUEZ DEVESA, GIMBERNET ORDEIG, MIR PUIG, QUINTANO RIPOLLES, CORDOBA RODA, SANZ MORAN) que patrocina su calificación como una modalidad de concurso real de delitos.

Así Mir Puig sostiene esta tesis porque:

“Pese a todo, la ley, no habla en este caso, de “un solo hecho”, sino que más bien parece contraponer la relación de medio a fin al caso de un solo hecho que constituye varios delitos. Probablemente, sin embargo, el fundamento de la equiparación del tratamiento legal sea análogo al del concurso medial y responda a la concepción de los clásicos, que

⁵ Ricardo Antonio Padilla Mejía, José Ramón Luna Canales, “El Delito Masa”, Trabajo De Graduación Para Obtener El Grado En Licenciatura En Ciencias Jurídicas, Universidad De El Salvador, Octubre De 1994, Pág. 8 Y Sig.

⁶ Quintero Olivares, Gonzalo. El concurso de delitos y el concurso aparente de normas. Manual de derecho penal, parte general. 3ª edición, editorial Arazandi, España. Pág. 120

consideraban que constituiría una doble nación de la misma voluntad castigar por separado los delitos unidos en el plan del autor.”⁷

Hay tres requisitos que debe de cumplir este tipo de concurso para ser considerado como ideal, estos son:

- a) La existencia de acción única
- b) Integración en dos o más tipos penales concurrentes;
- c) Pluralidad de delitos: porque resultan lesionados diversos bienes jurídicos de igual o de distinta naturaleza, dando lugar al concurso ideal homogéneo o al heterogéneo en el segundo caso.⁸

1.3.2 CONCURSO REAL

Se habla de este tipo de concurso cuando existe una pluralidad de acciones que constituyen varios delitos, lo que importa es que un solo sujeto realice varios hechos delictivos, pero que sean independientes entre sí, y que no hayan sido juzgados con anterioridad.

Entre las características que podemos encontrar en este tipo de concurso tenemos:

a) La unidad del sujeto activo: es el elemento o requisito absolutamente imprescindible; es decir que es el mismo sujeto el que realiza todas las acciones delictivas.

b) Pluralidad de Acciones: ya se había dicho que el concurso descansa sobre el dato de la pluralidad de acciones- unidad en el concurso ideal.

⁷ Luis Jiménez de Asúa. La Ley y El Delito. Principios del Derecho Penal, Editorial Hermes. México. Marzo 1954. Pág. 174

⁸ Calderón Cerezo, Ángel. Unidad Y pluralidad de delitos, Cuadernos de derecho judicial. Pág. 125

Para la doctrina hay gran cantidad de conceptos de Acción, pero por unanimidad han reconocido que la Acción es Presupuesto del tipo en la Teoría Jurídica del Delito. El concepto más aceptado es aquel que dice que la Acción es como “una concepción natural de la vida”, unidad del hecho determinado por ser único el acto de la voluntad y manifestarse en una unidad de tiempo y de espacio.

Cada acción que se realiza constituye un delito, y en principio, el tratamiento penal que se le debe de dar es el Principio de Acumulación.⁹

Este tipo de concurso no crea ningún problema técnico jurídico en lo que se refiere a la teoría del delito, por el hecho de que son diferentes acciones las que se dan y diferentes resultados, el problema se da, en cuanto a la pena a imponer, la solución que se da es que se suman las penas correspondientes a cada hecho lo que se conoce como Sistema de Acumulación Material, pero esto no es muy viable más que cuando los hechos se juzgan en un solo proceso y son de la misma naturaleza, si los hechos son diferente y conexos la solución es inviable. Si las penas son de distinta naturaleza por ejemplo pecuniaria y privativa de libertad, la acumulación deberá someterse a reglas que precisen la gravedad y el orden de preferencia.¹⁰

1.3.3 DELITO CONTINUADO

Es esta en realidad una subespecie del concurso real de delitos. Este nace de una pluralidad de acciones que individualmente contempladas

⁹ Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. editorial Temis Librería. Bogotá, Colombia, 1984. Págs. 219-228

¹⁰ Quintero Olivares, Gonzalo. El Concurso de Delitos y el Concurso de Normas Penales. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tercera Edición, editorial Arazandi. España

pueden ser catalogadas como delitos independientes, pero que en el terreno de la antijuricidad material, deben ser consideradas colectivamente de forma unitaria. Esta figura parte de la idea de la unidad de valoración de los distintos actos parciales, que deben ser objetiva y subjetivamente homogéneos y realizar un mismo tipo delictivo.

El delito continuado se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representa ya de por sí un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito, así como también, el daño se realiza al mismo bien jurídico, y hay que tomar en cuenta el tiempo, el modo, lugar y ejecución del mismo.

Este tipo de delito es una ficción jurídica cuyo origen histórico se encuentra en la praxis jurisprudencial medieval de occidente. La doctrina y la jurisprudencia han ido elaborando un concepto en el que destacan los siguientes elementos:

1. **Objetivos:** homogeneidad del bien jurídico lesionado. Homogeneidad de los modos de comisión del delito. Cierta conexión espacial y temporal.
2. **Subjetivos:** la presencia de un dolo conjunto o designio criminal común a las diversas acciones realizadas.¹¹

Objetivamente es necesaria la homogeneidad de la forma de comisión (unidad de lo injusto objetivo de la acción). Ello requiere, que los preceptos penales violados por los actos parciales, se hallen materialmente en la misma norma y que el desarrollo de los hechos manifieste en lo esencial, los mismos elementos externos e internos. Resulta posible, por ejemplo, la conexión de continuidad entre hurto

¹¹ Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis Librería. Bogotá, Colombia, 1984. España. Págs. 219-228.

simple y otro grave, la homogeneidad no resulta excluida cuando los actos parciales se cometen en parte en forma dubitativa y en parte como delitos consumados, y así, en cambio si concurren un hacer positivo y una omisión. Por último, la homogeneidad del modo comisivo requiere también una cierta conexión temporal y espacial.

Los actos parciales deben, además, lesionar el mismo bien jurídico (unidad de lo injusto del resultado). Si se trata de bienes jurídicos altamente personales, no cabe el delito continuado cuando los actos parciales se dirigen contra distintos titulares (homicidio de distintas persona, violación de distintas mujeres) esta restricción se halla justificada, pues tratándose de bienes jurídicos altamente personales, son tan distintos en cada acto parcial, tanto lo injusto de la acción y del resultado como el contenido del culpabilidad del hecho, que no parece admisible renunciar a valoraciones separadas.¹²

Para el delito continuado, resulta indispensable la unidad del dolo (unidad de lo injustos personal de la acción). Se requiere, un propio dolo global que abarque el resultado total del hecho, en sus rasgos esenciales en cuánto al lugar, al tiempo, a la persona de la víctima y a la forma de comisión de tal modo, que los actos parciales no representen más que la realización sucesiva de la totalidad querida unitariamente, a más tardar, durante el último acto parcial.

El origen del delito continuado es beneficiar al reo, al excluir sus acciones delictivas de las reglas del concurso real. Sin embargo, la jurisprudencia recurre al delito continuado cuando existen dificultades para probar las diversas acciones aisladas y por otras razones procesales, que no siempre benefician al reo y que dan gran inseguridad jurídica.

¹² Ibídem, Pág. 208

Como ejemplo del delito continuado tenemos el caso de un padre de familia que aprovechándose de las circunstancias, viola cada día a su menor hija cuando se encuentran solos en la casa, a este sujeto no se le procesa por varias violaciones, sino que solo responde por el único delito de violación agravada.

1.3.4 DELITO MASA

Aparece como entidad propia, fundamental y básica, debido a que existen diversas personas afectadas de una misma manera, la unidad surge de esa vinculación de que los sujetos pasivos y la conciencia de ellos por parte del autor.

No es una subespecie de delito continuado, pues los sujetos pasivos han de ser una pluralidad, se puede cometer una sola acción o varias acciones, y además, se tiene la conciencia de afectar esa pluralidad de personas por el autor.

El delito masa ha sido definido como aquel hecho en el que el sujeto activo, mediante una sola acción o por varias acciones que consideradas independientes, constituirían cada una de ellas un delito o falta, pone en ejecución un designio criminal único encaminado a defraudar a una pluralidad de personas cuyos componentes individuales en principio indeterminados, no están unidos entre sí por vínculos jurídicos.¹³

De la definición anterior, en resumen las características del delito masa son:

¹³ Padilla Mejia Ricardo Antonio, "el delito masa", trabajo de graduación, seminario de graduación, Universidad de El Salvador, Octubre, 1994. Pág. 36

- La unidad del plan criminal.
- Una pluralidad de acciones o una sola acción, desarrollada en varios actos distintos, pero en ambos casos con idéntica resolución criminal que abarque las sucesivas actuaciones.
- Las distintas acciones o los diversos actos han de ser aisladamente considerados constitutivos del mismo delito.
- El sujeto pasivo debe ser una pluralidad de personas.

Ejemplo del delito masa: supongamos que una empresa embotelladora de agua vende al precio de un dólar botellas marcadas con la cantidad de un litro de agua, pero resulta que se realizan investigaciones que establecen que las botellas contienen setenta y cinco mililitros de agua y no un litro como lo dice en dichas botellas, no se sabe ni a cuantas personas ni a quienes se les ha defraudado vendiéndoles menos de lo que se les ofrecía, individualmente una botella de agua no constituye una defraudación relevante, pero ya cuantificando todas las botellas vendidas se convierte en un hecho de gran magnitud punible penalmente a través de la figura delito masa.

1.4 PRINCIPIOS DEL CONCURSO

Para efectos de la determinación de la pena, los diferentes tipos de concursos, responden a una serie de principios, que llevan a establecer de acuerdo de la modalidad concursal de que se trate como será aplicada la consecuencia jurídica del delito.

Así tenemos, los siguientes principios:

1.4.1 PRINCIPIO DE ACUMULACION

Con Arreglo a este principio, las distintas consecuencias jurídicas que se deducen en los diferentes criterios jurídicos o con respecto a la pluralidad de los hechos cometidos, se aplican conjunta o íntegramente.¹⁴

1.4.2 PRINCIPIO DE ASPERACION (ASPERSION O AGRAVACION)

De acuerdo a este principio, no se suman las distintas penas, sino que la pena más grave en la que ha incurrido, experimenta una adecuada agravación. Se forma una pena total, y se puede hablar por consiguiente, de un principio de la pena total.¹⁵

1.4.3 PRINCIPIO DE ABSORCION

Aquí se mantiene el criterio, que han sido realizados varios tipos, pero en las consecuencias jurídicas de un tipo ya están incluidas las consecuencias jurídicas de los otros tipos, o sea estas queda absorbidas por aquellas.¹⁶

1.4.4 PRINCIPIO DE EXCLUSION

Con arreglo a este principio la exclusión de una ley es más radical aun. Una ley, que solo aparentemente corresponde aplicar, no puede ser tenida en cuenta, tampoco con respecto a su tipo, queda totalmente excluida, por otra ley, o sea, no desaparecen tan solo sus consecuencias jurídicas especiales.¹⁷

¹⁴ Ibídem

¹⁵ Ibídem

¹⁶ Ibídem

¹⁷ ibídem

1.4.5 PRINCIPIO DE LA PENA UNICA

Es el principio por el cual la unificación del tratamiento jurídico penal se realiza en forma total, no se hace aquí distinción alguna entre varios criterios jurídicos y la existencia de varias acciones.¹⁸

1.5 CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DE LA PENA EN EL CONCURSO DE DELITOS.

Existen, dos soluciones extremas o radicales a la hora de abordar el tratamiento sancionatorio de los distintos supuestos concúrsales: la de acumular todas las penas, en la que incurrió el autor de varios delitos y la de absorción de las demás penas por las más severa de ellas. Sin embargo existen otros de carácter más moderado, entre ellos: acumulación material o aritmética, acumulación jurídica, aspersion, absorción y combinación de marcos penales.

1.5.1 ACUMULACION MATERIAL O ARITMETICA

El sistema de la acumulación material o aritmética, como su denominación lo sugiere, consiste simple y sencillamente, en que deben sumarse las penas de cada delito y el resultado de esta operación aritmética es la pena que debe imponerse al condenado.

Es obvio que se trata de un sistema o solución parcial, por cuanto toma en cuenta únicamente la pluralidad de hechos punibles, lo que sería válido, para el concurso real o efectivo pero que no tendría importancia en los supuestos de unidad delictiva.¹⁹

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ Joaquín Cuello. Derecho Penal Español. Curso de Iniciación. Nociones introductorias. Teoría del Delito. 1ª Edición. Pág.338

1.5.2 ACUMULACION JURIDICA

El principio o sistema de acumulación jurídica, consiste en sumar o acumular las penas imponibles de cada uno de los delitos, sin llegar a la suma aritmética de cada una de las penas de los diferentes delitos en concurso.

Es un sistema intermedio de naturaleza jurídica, que trata de impedir los excesos del sistema aritmético y para ello las legislaciones han adoptado diversas modalidades: calcular la pena sumando cada una de ellas y luego haciendo una disminución determinada o calcular también la pena, partiendo de la sanción prevista para el delito más grave y aumentarla en una proporción preestablecida.²⁰

La expresión acumulación jurídica, utilizada en otros países en sentidos muy diversos, se reserva por la doctrina penal española, para aquellas técnica sancionatoria que parte de la suma de las penas individuales en que se incurrió, pero fijando límites, (absolutos o relativos) al cumplimiento de las penas impuestas.²¹

1.5.3 CRITERIOS DE ASPERACION (AGRAVACION)

El criterio de la Asperación, como también se denomina al de agravación o aspersion es aquel que permite al juez, escoger la pena del delito más grave, a partir del cual aumenta esta penalidad siempre y cuando no iguale o sobrepase las sumas aritméticas de las sanciones y sin exceder el límite legal de la especie de pena de que se trate.²²

²⁰ ibídem. Pág. 339

²¹ Castillo González, Francisco. Concurso de delitos en el Derecho Penal Costarricense. Derecho Penal. Costa Rica, 1981, Pág. 217

²² Cuello, Joaquín. Derecho penal Español. Curso de iniciación. Nociones introductorias. Teoría del Delito. 1ª Edición. Pág. 339

1.5.4 CRITERIO DE ABSORCION

Resuelve la penalidad del concurso delictual permitiendo al juzgador escoger la pena del delito más grave, basado en el criterio de que la pena, mas grave absorbe la menos grave.

Este es un sistema, que solo debe aplicarse a alguna clase de concurso, pues si se admite indiscriminadamente para todas las hipótesis produce impunidad, por lo que se han formulado algunas críticas: la principal crítica que a este principio se hace consiste: que aplicando solo la pena prevista., para uno de los hechos punibles, se está favoreciendo injustamente al procesado, porque se le está perdonando la pena correspondiente a los demás delitos, lo cual en la práctica, llevaría no solo a que recibieran igual pena, el sujeto que comete un delito de homicidio, que quien además de matar a alguien incurre en un delito de hurto, otro de estafa, uno de falsedad material, y otro de peculado, puesto que a este último se le aplica solo la pena del delito más grave (en este caso de homicidio) y los demás hechos punibles quedan sin sanción real.²³

1.5.5 COMBINACION DE MARCOS PENALES

De acuerdo con este criterio, el juez puede combinar las penas previstas por el legislador, eligiendo el mínimo y máximo más grave de los delitos en concurso y formar así un nuevo marco legal, a partir del cual debe aplicar una sola pena la cual debe ser individualizada de acuerdo con los parámetros comunes de fijación de la pena.

Los sistemas, que hemos repasado rápidamente tratan de resolver el problemas de la determinación de la pena en caso de concurso, pero

²³ Pessoa, Nelson R. Concurso de delitos: Teoría de la unidad y pluralidad delictiva. Derecho penal. Argentina 1996. Pág. 340

todos o la mayoría tiene el mismo fundamento, es decir, determinar si se trata de una unidad delictiva o una pluralidad de hechos punibles, por lo que la complejidad se presenta fundamentalmente en la determinación de la conducta o conductas delictivas, pues, la pena es un producto del concurso de delitos.

Por supuesto, que la pena tiene importancia y sobre todo, porque en este nivel se agregan, especiales circunstancias de diverso orden individual, social, estatal, que tiene por si misma su especialidad y complejidad.

Lo que si hay que tener claro, que el derecho punitivo no puede contradecirse así mismo. Es decir, que a la hora de determinar el sistema punitivo aplicable, no se debe propiciar la impunidad, que sorprenda al propio agente y a la comunidad que no entendería porque un solo delito, es castigado más gravemente que un conjunto importante de hechos punibles.²⁴

En nuestro país se utilizan los criterios de la acumulación material o aritmética para penalizar el concurso real, puesto que se suman las penas pertinentes a cada delito, pero sin exceder los 75 años de prisión.

Por otro lado tenemos la aplicación del criterio de la acumulación jurídica, para la penalización del concurso ideal, pues de parte de la aplicación de la pena del delito mas grave aumentada en una tercera parte, también se utiliza este criterio en la penalidad del delito masa y el delito continuado, pues el legislador ya estableció los limites y en cuanto se agravara la pena.

²⁴ Ibáñez G, Antonio J. Concurso de delitos. La culpabilidad: estudios de derecho penal general. Argentina. Edición 1991. Pág. 340

1.6 REGULACION DEL CONCURSO DE DELITOS EN EL CODIGO PENAL VIGENTE.

El concurso de delitos en nuestro Código Penal se encuentra regulado en los artículos: 40, 41,42 y 43, seguidamente de los artículos correspondientes a la penalidad de los mismos: 70, 71, 72 y 73.

El Código Penal Salvadoreño recoge el tipo concursal Concurso Ideal, en el Art. 40 Pn, que literalmente dice: *“Hay concurso ideal de delito cuando con una sola acción u omisión se cometen dos o más delitos o cuando un hecho delictuoso sea medio necesario para cometer otro, pero en todo caso no se excluirán entre sí”*

Dos son, pues, los requisitos del concurso ideal: por una parte, debe concurrir unidad de acción y por otra mediante la única acción debe tener lugar una pluralidad de infracciones de la ley.²⁵

El artículo 70 establece la penalidad en los casos de concurso ideal, aplicando el principio de Asperación o agravamiento, es decir que en estos casos se impondrá la pena del delito más grave aumentada en una tercera parte, y si los delitos tiene determinado en la ley el mismo máximo de pena, el tribunal determinará el delito que a su juicio merezca mayor pena y la aumentará hasta en una tercera parte de la misma.

El concurso real está regulado en el Art. 41:

“Hay concurso real cuando con dos o más acciones u omisiones independientes entre sí se comenten dos o más delitos que no hayan sido sancionados anteriormente por sentencia ejecutoriada”.

²⁵ Arce Aggeo, Miguel ángel. Concurso de delitos en materia penal. Año 1996. Pág. 216

El precepto penal, se refiere al supuesto que un sujeto realiza varias, acciones distintas, cada una de las cuales se enmarca en un tipo legal, y constituye un delito independiente: se está por tanto, ante un supuesto de pluralidad de infracciones, que trae causa de la ejecución de varios hechos (en contraposición con el concurso ideal, donde hay pluralidad de ilícitos penales que derivan de un solo hecho.)

El Código Penal, parte, en el tratamiento del concurso real, de la aplicación del principio de la acumulación, estableciendo en el Art. 71 que para efectos de cumplimiento de la pena, el orden a seguir es de cumplimiento sucesivo, por el orden de su respectiva gravedad, iniciando por la pena mayor, pero además se establece un tope o límite máximo, de aplicación de la pena, el cual no puede exceder de 75 años.

Por otra parte el delito continuado se encuentra regulado en el Art. 42:

“hay delito continuado cuando con o mas acciones u omisiones reveladoras del mismo propósito criminal y aprovechándose el agente de condiciones semejantes de tiempo lugar y manera de ejecución, se comenten varias infracciones de la misma disposición legal que protege un mismo bien jurídico, aun cuando no fueren de distinta gravedad. No hay delito continuado en los delitos de homicidio y lesiones”

Su respectiva penalidad se encuentra establecida en el artículo 72, el cual establece que la pena a imponer será la máxima del delito de que se trate, es decir que se procesará como un único delito.

En lo que respecta al delito masa, el artículo en que se encuentra regulado es el Art. 43 el cual nos dice:

“Cuando en las defraudaciones el agente obtenga diversas cantidades de dinero en perjuicio una pluralidad de sujetos indiferenciados, el hecho deberá estimarse en conjunto como un solo delito, tomándose como

monto el perjuicio patrimonial el conformado por el importe global de lo defraudado.

El delito masa será utilizado únicamente para impedir la impunidad o un tratamiento injustificadamente benévolo de los hechos que considerados individualmente no constituyen delito por razón de su cuantía.”

La penalidad, establecida en el Art. 73 indica que en este tipo de delito se impondrá al culpable el doble del máximo de la pena prevista para la defraudación. Excepto cuando siendo posible aplicar las reglas del concurso de delitos o del delito continuado, resulte una pena mayor, pues en este caso se impondrá ésta última.

1.6.1 COMISIÓN POR OMISIÓN.

El Código Penal Salvadoreño, en los artículos relativos al concurso ideal, concurso real y el delito continuado establece que estos pueden ser cometidos también a través de la omisión, por lo que se considera conveniente agregar unas cuantas consideraciones que expliquen el hecho de que un delito puede ser cometido vía omisión.

En un sentido científico natural, la omisión no causa nada, pues como se caracteriza por la ausencia de energía y la causalidad, en cambio por que mediante el empleo de energía se influye materialmente en un resultado, de ahí que desde el punto de vista de las ciencias naturales, la inactividad, en cuanto a que no pone en marcha cadenas causales en el mundo exterior, no pueda infringir en la producción energética de un resultado.²⁶

²⁶ Ordeig Gimbernat Enrique, “La Comisión por Omisión”, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid. 1994. pág. 167.

Pero en el derecho penal, nos podemos encontrar con comportamientos de una persona en los que su única relación con un resultado, ha consistido en una inactividad sin mezcla alguna de comportamiento activo.

Es decir que en estos casos, el delito se configura ante la falta de acción de la determinada persona como sería por ejemplo la omisión del deber de socorro, para un salvavidas o que una madre deje de alimentar a sus hijos provocándoles la muerte, es así que tenemos que para efectos del concurso de delitos real, ideal y el delito continuado también es posible circunscribirlos aun estos se hayan cometido por omisión.

1.7 EL CONCURSO DE DELITOS EN EL DERECHO COMPARADO.

Se inicia con el Derecho Romano, que consideraba la total cuestión no desde el punto de vista del Derecho Penal Material, sino Procesal. A toda forma delictiva correspondía una querrela y una condena especial. Se llega de tal manera, esencialmente, al principio de acumulación. Solo en la época imperial, se agregan penas a una pena única, con arreglo al principio de Aspiración, o se excluyen prácticamente, los castigos dobles injustos.²⁷

La jurisprudencia italiana de la Edad Media se adhiere a dichos principios. En el siglo XVI se hacen distinciones más precisas, por ejemplo, de la acumulación en el concurso real, de la pena agravada en el delito continuado y de la absorción en el concurso ideal, el resultado a que llegan la teoría y la práctica es el reconocimiento del principio de

²⁷ Arce Aggeo, Miguel Ángel. Concurso de delitos en materia penal. 1996. Pág. 132

acumulación y por consiguiente de acumulación de las penas de acuerdo con el número de los resultados y de las acciones punibles.²⁸

En el Derecho Moderno es necesario partir de una distinción básica: la que separa a países con **Tratamiento uniforme**, de todas las hipótesis concursales y aquellos otros que establecen **consecuencias jurídicas diversas**, según el supuesto concursal ante el que nos encontramos. En los primeros, el hecho de que una persona haya cometido diversos delitos, antes de ser Juzgado por alguno de ellos, sean tales delitos homogéneos o heterogéneos, originados por una o varias acciones, viene a considerarse como una circunstancia agravatoria de la responsabilidad del reo que opera sobre la pena del delito más grave y eventualmente eleva su marco penal. Quedan así obviadas, o al menos simplificadas, debido a su escasa incidencia práctica muchas de las cuestiones dogmáticas que el concurso de delitos presenta.²⁹

En Francia, esta ya arraigado, el criterio de la absorción de todas las penas por la más grave de las impuestas, incorporando primeramente al Código de Instrucción Criminal de 1808 y desde 1958, al Art. 5 del Código Penal, donde se establecía que “En caso de convicción de plusieurs crimes ou delitos, la pena el plus forte est seulke prononcee”, (en caso del cometimiento de pluralidad de delitos la pena a imponer sería la de mayor gravedad).³⁰

Esta regla no se aplicaba, sin embargo, de forma literal, sustituyéndose en la práctica y tras un complejo proceso de evolución jurisprudencial,

²⁸ Ibáñez G, Antonio. J. Concurso de delitos. La Culpabilidad: estudios de derecho penal parte general. Derecho Penal, Argentina, Edición 1991, Pág. 159

²⁹ Calderón Cerezo, Ángel. Unidad y Pluralidad de Delitos, Cuadernos de Derecho Judicial, 1ª Edición. 19995, Pág. 220

³⁰ *Ibidem*

por la combinación o “confusión” (en terminología francés) de las penas dentro del límite de la más grave. Y este modelo de combinación de marcos penales (sin rebasar el máximo legal de la pena del delito más grave) es el que ha quedado plasmado en los actuales Arts. 132.2 a 132.7 del nuevo Código Penal Francés de 1992, que recoge una complicada casuística en función de la naturaleza de las penas concurrentes.³¹

Una regulación muy completa de la materia concursal, ofrecen los Códigos Penales Austriaco y suizo. En ambos ordenamientos, se separan también las hipótesis de enjuiciamiento único, de aquellas otras donde la concurrencia delictiva se produce con procesos múltiples. Pero en uno y en otro supuesto, el tratamiento es idéntico, absorción con agravación (sin rebasar, por tanto, el marco penal de la pena más grave), en Austria y Asperación facultativa (pudiendo, por tanto, rebasar ese límite superior) en Suiza. En cualquier caso, se combinan las penas en orden a la determinación del límite mínimo aplicable y para la imposición de penas accesorias y medidas de seguridad. Ello para todas las hipótesis de concurrencia delictiva.³²

Tenemos, en esta misma dirección, el Código Penal Portugués de 1982, que resuelve todas la hipótesis concursales, según el criterio propugnado, en la reforma penal Alemana de la pena unitaria, dejando un amplio margen al Juez, ya que el texto solo ofrece los límites máximos del marco penal global (la suma de las penas incurridas y el límite superior de la respectiva clase de pena) y la pauta genérica de que “en la determinación concreta de la pena serán considerados, en conjunto, los hechos y la personalidad del agente”. Cabe aplicar además, en el sentido del principio de combinación, cualquier de las penas accesorias o medidas de seguridad previstas para los delitos concurrentes. Las reglas expuestas

³¹ *Ibidem*. Pág. 221

³² *Ibidem*, Pág. 221-222

no tienen aplicación en el caso de las penas de multa, que se acumulan entre sí y con las privativas de libertad, ni en los supuestos de delito continuado, donde rige el criterio de la absorción de la pena.³³

Entre los códigos penales El Italiano y el alemán, mantienen un fundamento sancionatorio diferenciado, según se trate de concurso ideal o real de delitos. En Italia rige, con carácter general, la acumulación materia de penas, limitada en un doble sentido: fijando tope máximos que no pueden rebasarse y sustituyendo la acumulación material, por la Asperación, es decir la aplicación de la pena más grave, cuando las penas a imponer serán incompatibles.³⁴

La reforma de 1974 Decreto de 11 de abril y la ley de 7 de junio separo, en cuanto a tratamiento punitivo, el concurso ideal y el real, aplicando a aquel el criterio de determinación de la pena previsto para el delito continuado, el criterio de Asperación.³⁵

La equiparación o no de las diversas hipótesis concúrsales ha sido la controversia de la reforma del Código Penal Alemán. A favor de tal equiparación, hubo contribuciones destacadas, como las de NIESE, JESCHECK, GEERDS, R. SCHMIT o el proyecto Alternativo de 1966.

Prevaleció, sin embargo, la tesis opuesta distinguiéndose, a efectos punitivos el concurso ideal y el real. Para el primero rige la regla de la absorción en lo que atañe la determinación del límite máximo del marco penal junto a la combinación de penas para la fijación de su límite mínimo, así como para la imposición de penas accesorias y medidas de seguridad.

³³ Calderón Cerezo, ángel. Unidad y Pluralidad de Delitos. Cuadernos de Derecho Judicial, 1ª Edición, 1995, Pág. 222

³⁴ *Ibíd*em

³⁵ *Ibíd*em, Pág. 223

En las hipótesis de concurso real se construye una pena conjunta o global según el criterio de asperación o exasperación: agravación de la pena más grave en que se incurrió por encima del marco penal que le es propia, con unos determinados límites máximos.³⁶

En el Derecho Penal Latinoamericano, tanto el concurso real como el ideal lo tratan todos los códigos penales y dentro de las reglas de determinación de la pena. La tendencia es establecer tanto para uno como para otro una acumulación jurídica. Desde el momento en que se plantea que el concurso ideal es un verdadero concurso de delitos luego real, no se ve razón para hacer distinciones a la hora de determinar la pena entre uno y otro instituto, distinta es la situación si se estima que en el concurso ideal hay un solo delito, como es el caso de los códigos penales de Paraguay y de Cuba, pero ellos son la excepción, ya que predominantemente, los códigos latinoamericanos han reconocido la existencia de pluralidad de delitos en el concurso ideal, a pesar de la unidad de acción.

Por último, también el delito continuado aparece recogido en diferentes Códigos Penales Latinoamericanos como en el de Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Panamá, Perú, Uruguay, Venezuela.

³⁶ Calderón Cerezo, Ángel. Unidad y pluralidad de delitos. Cuadernos de Derecho Judicial, 1ª edición, 1995. Pág. 223

CAPITULO DOS

“EL CONCURSO APARENTE DE LEYES”

2.1 ANTECEDENTES.

Es en Alemania que comienza la elaboración de la teoría del concurso aparente de leyes, siendo el autor Adolf Merkel, el primero en realizar una apreciación del mismo, para poder diferenciarlo del concurso ideal, según el propio Merkel: “Se diferencia de la concurrencia ideal del delito los casos en que se trata de una simple concurrencia de varias leyes, todas las cuales comprenden y regulan el delito en cuestión, pero lo hacen de una manera simplemente alternativa, sin que puedan aplicarse todas a la vez.”³⁷

Siguiendo a Merkel, se halla consagrada en los Tratados de Binding, Mayerr, Piel, Liszt. Schmidt, Mezger, etc. Y ha sido objeto de trabajos monográficos, como los de Lent, Baumgarten, Hirschberg, Honing y otros.

Por su parte, Beling revelo la importancia de la tipicidad para resolver estos problemas, ignorados en Italia, a pesar de que Vannini afirme, infundadamente, que los había previsto en el Art. 78 del Código de Zanardelli, hasta que Grispini ha escrito su “Curso de Derecho Penal”. En España y luego en la Argentina hemos expuesto nosotros este importante tema. Después lo han estudiado los profesores argentinos Sebastián

³⁷ Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y El Delito. Principios del Derecho Penal. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina. 8ª Edición 1978. Pág. 141

Soler y Gavier, El primero en su Tratado y el segundo en una excelente monografía.³⁸

En Italia, Grispi ni y Florián lo ubican dentro de la interpretación de la ley penal. Sebastián Soler, en la Argentina, desarrolla el concurso aparente de leyes al referirse a la subordinación al tipo penal.

Después de la introducción de la figura por el derecho alemán, autores como Luís Jiménez de Asúa, en España y en Argentina tratan el tema en el apartado de la interpretación de la ley penal.

En relación a esto Luís Jiménez de Asúa expone lo siguiente, en su obra de 1954:

“Ya sabemos que todo el ordenamiento jurídico, formado por distintas disposiciones, es uno y armónicamente dispuesto: algunas de esas leyes son independientes entre sí, y otras se hallan coordinadas de modo que se dan recíprocamente. A menudo es sencillo decidir cuál de las dos normas del ordenamiento jurídico integran o se excluyen concurrentes en el mismo tiempo y lugar, es la aplicable al caso concreto, pero a veces se presentan dificultades y es preciso trazar reglas para saber cuándo una disposición consiente o excluye la coetánea o sucesiva aplicación de otra, respecto de la misma situación de hecho, a esto se le llama conflicto aparente de disposiciones penales, que no solo se presentan en orden a los tipos delictivos, sino en cuanto a los preceptos de la parte general. Se dice que es aparente porque el ordenamiento jurídico ofrece de modo explícito o implícito, criterios para determinar la aplicabilidad de una u otra disposición penal en cada caso concreto.”³⁹

³⁸ Luís Jiménez De Asúa, “La Ley Y El Delito” Editorial Hermes, México Buenos Aires 2ª Edición, Marzo De 1954, Pág. 155.

³⁹ Ibídem.

En España también se le ubica dentro del campo de la interpretación de la norma, siguiendo al autor Mir Puig, y en este caso la doctrina española establece:

“El concurso de leyes pertenece al campo de la interpretación, dentro de la teoría de la norma, pues de lo que se trata es de averiguar cuál sea la ley preferente entre las varias aparentemente aplicables a un supuesto de hecho, exactamente igual que en cualquier caso de conflicto normativo”⁴⁰

2.2 DEFINICION.

De una manera sencilla podemos decir que El concurso aparente de leyes es una figura que se presenta para resolver aquellos supuestos en los cuales un hecho aparentemente puede ser calificado como varios delitos, siendo efectivamente que solo uno de ellos es el que engloba el total desvalor del injusto cometido. Los delitos se relacionan entre sí por relación de especialidad, subsidiariedad o consunción; principios que como se explicara más adelante, son los que se utilizan para resolver este tipo de conflictos.

Algunos autores, entre ellos Mario Garrido Mott y, Francisco Castillo González están de acuerdo en que llamarla Concurso aparente de leyes es una denominación errónea, ya que no es realmente un concurso y tampoco lo es propiamente de leyes; tal como lo establece Mott:

“La denominación es equivocada, porque en esta situación no existe un concurso; lo que se enfrenta es un problema de interpretación de leyes

⁴⁰ Calderón Cerezo, Ángel. Unidad y Pluralidad de Delitos. Cuadernos de Derecho Judicial, 1ª edición. 1995. Pág.135

penales ante casos concretos, que se produce porque el injusto contenido en un tipo esta aparente comprendido también en otro u otros tipos, que se encuentran entre sí en una relación particular, sea de especialidad, de consunción o de subsidiariedad. Son hipótesis en las cuales un hecho delictivo, aparentemente, podría adecuarse en distintas figuras penales, pero que en realidad, atendida la naturaleza de su injusto, lo es en una sola de ellas, quedando las demás totalmente desplazadas.”⁴¹

Por otro lado Castillo expresa lo siguiente:

“Suele ocurrir que una misma acción, entre en varios tipos penales, que protegen un mismo bien jurídico o que varias acciones penales entren en varios tipos penales que protegen distintos bienes jurídicos, pero relacionados entre sí de menor a mayor. En tales casos hay una sola acción jurídica, una sola lesión al bien jurídico tutelado y por tanto un solo delito. Podemos hablar entonces de concurso aparente de delitos, los viejos autores se referían a esta hipótesis con la denominación de concurso ideal aparente y concurso real aparente, porque en realidad hay una sola lesión jurídica.”

La mayoría de los autores se refieren a este fenómeno denominándolo Concurso Aparente de Leyes o Concurso Aparente de Normas, tal denominación es incorrecta, porque las leyes y las normas concurren realmente, lo es aparente en la concurrencia de lesiones jurídicas, por ello preferimos hablar de un concurso aparente de delitos.”⁴²

⁴¹ Garrido Mott Mario, “Nociones Fundamentales De La Teoría Del Delito”, Buenos Aires Argentina. Pág. 351

⁴² Castillo González Francisco, “El Concurso De Delitos En El Derecho Penal Costarricense”, publicaciones de la facultad de derecho, Universidad De Costa Rica. Pág. 26

La discrepancia entre los autores ha provocado que, a esta figura también se le haya llamado:

- Conflicto aparente de disposiciones penales.
- Concurso ideal impropio.
- Unidad de ley.
- Concurso aparente de delitos
- Concurso aparente de tipos
- Concurso aparente de normas o leyes penales

Cada autor ha llamado al supuesto de que una sola acción pueda ser incluida en varios tipos penales (concurso aparente de leyes) de manera diferente, respondiendo a varios puntos de vista.

Algunos de ellos se enfocan en que no son leyes, ni que es un concurso, como es el caso de Francisco Castillo, pero en lo que están de acuerdo es que es el mismo supuesto al que se refieren aun con diferentes nombres. Muñoz Conde, realiza la crítica debido a que según él, no es propiamente un concurso de leyes, sino más bien un concurso de preceptos o normas penales, es decir que el conflicto no se da entre leyes (cuerpos normativos diferentes) sino que entre normas pertenecientes al mismo cuerpo legal, como el Código Penal.

Si bien esto representa una problemática al momento de estudiar la figura, el sector mayoritario de la doctrina la reconoce como Concurso Aparente de Leyes, aún con los problemas que este nombre representa, inclusive el Código Penal Salvadoreño lo establece bajo ese nombre en su artículo 7.

Llamar al concurso aparente de leyes como concurso aparente de delitos o concurso aparente de normas penales, es un criterio al cual nos apegamos. Por nuestra parte podemos decir que la segunda denominación (concurso aparente de delitos) expresa con más claridad lo que realmente plantea el problema en cuestión.

Se trata de un concurso porque existen varias disposiciones o normas que se involucran y que aparentemente son todas aplicables, aunque en verdad solo es una de ellas; y es de delitos porque lo que concurre no es una ley en el sentido amplio de la palabra, sino como ya se dijo son normas, conductas tipificadas en la ley; es decir delitos.

La finalidad del derecho penal moderno es la de proteger bienes jurídicos diferentes y de valor desigual. Un axioma que demuestra disciplina es que la esencia del delito es la lesión a un bien jurídico tutelado.

Dos consecuencias fundamentales derivan de este axioma:

- Primera, que si hay solamente una lesión a un bien jurídico, hay un solo delito, aunque la conducta del delincuente entre en varios tipos penales,
- Segunda que si una sola acción entra en varios tipos penales que protegen bienes jurídicos independientes es decir que produce diferentes lesiones jurídicas o viola varias veces el mismo tipo penal en circunstancias tales que cada vez que se realiza el tipo penal hay una violación a un bien jurídico independiente, hay varios delitos.

El fenómeno denominado como concurso aparente de leyes es consecuencia de que, en relación con la antedicha finalidad del derecho penal, los tipos penales estén estructurados de tal forma para la

protección de los bienes jurídicos, que se relacionan entre sí de jerárquico a subordinado.

Uno de los fundamentos del concurso aparente de leyes radica en la prohibición de penalizar doblemente o múltiplemente un único hecho, esta garantía es una derivación del axioma de la culpabilidad, en el sub principio de proporcionalidad, puesto que resulta irrazonable, que a una persona le sean impuestas diversas penas, ante la subsunción de la conducta, en varios tipos penales, cuando el hecho generador es uno solo, el bien jurídico es un criterio limitador y no expansivo del derecho penal, el hecho de que una conducta afecte distintos bienes no necesariamente hace surgir la multiplicidad de delitos, en el sentido de un concurso delictivo, y para evitar todos esos excesos es que se utiliza la figura del concurso aparente de leyes. Por medio de esta se le puede dar una mayor vigencia a la garantía del Ne Bis In Idem, que complementa al principio de estricta legalidad, porque no es posible que una persona sea perseguida o sancionada doble o múltiplemente por un solo hecho, que se tipifica en un solo delito.

2.3 UBICACIÓN DOGMÁTICA

Sobre el lugar en que debe estudiarse el concurso aparente de leyes hay desacuerdo en la doctrina: para unos los mencionados principios son normas de interpretación de la ley penal, otros estudian el problema en la teoría de la norma penal o en la teoría de la aplicación de la ley penal, la doctrina alemana ha estudiado el problema tradicionalmente al estudiar las consecuencias del hecho punible.

Como hemos dicho el fenómeno llamado concurso aparente de leyes, ocurre cuando aparentemente hay varias lesiones jurídicas pero que en realidad hay solo una. Es un problema que toca a la teoría del delito. Las

reglas ideadas por la doctrina para explicar este fenómeno y para determinar, en una hipótesis concreta si existe una lesión jurídica o si hay varias, son necesariamente reglas interpretativas que pertenecen a la teoría de la interpretación. Pero determinar si hay uno o varios delitos tiene una finalidad práctica, cual es fijar las consecuencias de los hechos punibles; si se ve el problema en el momento en que se desarrolla la actividad judicial, de escogencia de la norma aplicable y de determinación de la sanción, el problema que nos ocupa es también relativo a las consecuencias del hecho punible.⁴³

Por lo tanto podemos establecer que el Concurso Aparente de Leyes se ubica:

- **Teoría del Delito:** porque dicha teoría nos ayuda a identificar cuando es que existe uno o más delitos.
- **Interpretación de la Ley:** porque corresponde al momento de establecer si efectivamente existen o no la figura del concurso y escoger la norma aplicable.
- **Consecuencia del hecho punible:** porque el concurso es necesario para determinar la pena a aplicar por un solo delito y así evitar el abuso de la norma.

2.4 DIFERENCIAS CON LOS OTROS CONCURSOS

Ciertamente, con el concurso real o material es imposible confundirlo, por cuanto en este es fundamental la concurrencias de varias acciones y de cada una de ellas conforme un delito igual o distinto; en otros términos, en el concurso real hay varios delitos independientes. En el concurso

⁴³ Ibídem. Pág. 28.

aparente de leyes hay una actividad delictiva; esta circunstancia lo haría más asimilable al concurso ideal, donde se da a su vez una única actividad, pero la diferencia entre uno y otro radica en que en el ideal ese comportamiento único constituye coetáneamente dos o más tipos penales que subsisten limpiamente, sin rechazarse entre sí, mientras que en el concurso aparente, aun cuando hay también un comportamiento único, este debe subsumirse en un solo tipo penal, si bien en apariencia aparecen otros tipos comprendiéndolo: al abarcarlo uno, los restantes quedan marginados.⁴⁴

En el concurso aparente se trata de una convergencia de tipos, que concluye con la adecuación del hecho a uno solo de ellos. En cambio, en el concurso ideal se trata de un hecho único encuadrado en, las de un tipo penal, existe efectiva y realmente un encuadramiento múltiple en relación con un mismo hecho. En el concurso real, se trata de una pluralidad de hechos. Pero trátese de unidad o de pluralidad, en ambos casos se trata del hecho o de los hechos en sí, y no de la unidad que tiene como origen las relaciones que pueden existir entre los tipos penales, que determinan la subordinación del hecho a uno solo de ellos.⁴⁵

Podemos establecer las diferencias en el siguiente cuadro resumen:

⁴⁴ Garrido Mott Mario. Op. Cit. Pág.351

⁴⁵ Terán Lomas, Roberto A.M. Derecho Penal Parte General. Tomo II, Editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo Depalma Lavalle 1208. Buenos Aires, Argentina. 1980 Pág. 241

CONCURSO DE DELITOS	CONCURSO APARENTE DE LEYES
<p>CONCURSO IDEAL:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Existe una sola acción • Existen varias lesiones a bienes jurídicos iguales o distintos • Existen dos o mas delitos que no se excluyen mutuamente • La penalidad consiste en la combinación de las penas de los delitos concurrentes. <p>CONCURSO REAL:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Existen varias acciones • Existen varias lesiones a bienes jurídicos iguales o distintos • Existen dos o mas delitos • La penalidad consiste en acumular las penas de cada delito por separado. 	<ul style="list-style-type: none"> • Existe una acción o varias acciones • Existe una sola lesión a un bien jurídico o varios bienes jurídicos. • Existe uno o varios delitos • Existe una pena, la del delito que abarca a los demás.

2.5 PRINCIPIOS QUE RIGEN EL CONCURSO APARENTE DE LEYES.

Existen una serie de criterios elaborados por la doctrina los cuales sirven para resolver los supuestos del concurso aparente de leyes, sin embargo no existe uniformidad a la hora de enumerarlos, existiendo coincidencias

en algunos autores que establecen que son: principio de especialidad, subsidiariedad y consunción; por otra parte otros autores agregan el principio de alternatividad y otros, tampoco hay acuerdo sobre el contenido de cada uno de los principios. Ello es consecuencia de que los autores se han preocupado por determinar si hay una relación estructural absoluta y constante entre los diversos esquemas normativos, mediante comparación de estos, pero vistos abstractamente. En este proceso se ha olvidado, a menudo, que una cosa es el fenómeno del concurso aparente de delitos y otra cosa son los criterios que se usen para explicarlo, los cuales parten, necesariamente, de definiciones convencionales.

Veamos entonces los principios establecidos por algunos de los autores:

Beling parte de las relaciones lógicas entre tipos y las reduce a estas:

1ª EXCLUSIVIDAD: que encierra contradicción e independencia y conduce a alternatividad de las leyes penales.

2ª. ESPECIALIDAD: que supone un subconcepto (comprendido en otra: encina-árbol) y que conduce a la subsidiariedad de la amenaza correspondiente al tipo principal o supertipo, y ella será aplicable cuando al subtipo con su amenaza no lo sea.

3ª. NEUTRALIDAD: la afirmación de un tipo no importa, ni la afirmación ni la negación de otro. La acumulación parece posible, pero la niega el Derecho positivo (puede ser concurso ideal o de leyes). Solo una amenaza es aplicable, es decir, esta negativamente condicionada por la primera. En esta última instancia, se trata de un proceso de subsidiariedad, que será mejor llamar Consunción.⁴⁶

⁴⁶ Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y El Delito. Principios del Derecho Penal. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina. 8ª Edición 1978. Pág. 142

Roberto Von Piel simplifica los términos y limita los casos a la especialidad y subsidiariedad. Por su parte, Edmundo Mezger reduce el problema a dos situaciones:

1. Cuando la procedencia de una ley frente a las otras descansa en fundamentos lógicos, hay especialidad, que por razones lógicas excluye a lo general.
2. Cuando la procedencia resulta de la relación valorativa, hay consunción: una ley conforme a su propio sentido incluye ya en sí el desvalor delictivo de la otra.

Grispini trata de especialidad, subsidiariedad y consunción; Soler de exclusividad (por alternatividad o consunción), especialidad y subsidiariedad, y Gavier de exclusividad, especialidad y neutralidad, desdoblando esta última, con cierta *contradictio in terminis*, en subsidiariedad y consunción (consumir una ley por otra, no es ciertamente, neutral)

El autor español Ángel Calderón Cerezo, establece los siguientes principios:

1. Criterio, principio o relación de especialidad.
2. Criterio, principio o relación de subsidiariedad
3. Criterio, principio o relación de consunción.
4. Criterio principio o relación de alternatividad.
5. Un supuesto especial: el *delictum sui generis*.

Mario Garrido Mott, acepta los primeros cuatro principios anteriores, mientras que Francisco Castillo solo acepta el de consunción, subsidiariedad y especialidad., Para algunos autores existen estas tres relaciones, este sector de la doctrina es mayoritario en Alemania e Italia.

Según la corriente dominante los principios se reducen a los tres antes mencionados es decir: la especialidad, la subsidiariedad y la consunción. Sin embargo se explicara el principio de alternatividad por ser en el que coinciden algunos autores.

2.5.1 PRINCIPIO DE ALTERNATIVIDAD.

Es un principio en obsolescencia y la doctrina lo ha ido abandonando, por cuanto, en definitiva, es aplicación del principio de la especialidad o de la consunción. Se plantea en situaciones en que el legislador considere una misma conducta con criterios valorativos distintos, en más de una norma penal. Cuando tal situación se da, si la pena es la misma, el principio establece que se puede aplicar a ese hecho cualquiera de las normas en juego, quedando indudablemente desde ese momento excluida la otra u otras. Si los preceptos reprimen el hecho con penas distintas, deberá aplicarse aquel que establece la pena de mayor gravedad. El principio de la alternatividad no parece esencial; como es fácil reparar, los problemas que suscitan hipótesis como las antes planteadas, pueden ser superados con el principio de la especialidad o de la consunción.⁴⁷

Por su parte Calderón Cerezo establece en relación a este principio:

La alternatividad constituye una categoría de dudosa delimitación conceptual. Según la construcción de Von Liszt existe alternatividad entre aquellos delitos cuyos conceptos contienen caracteres contrapuestos y que, por tanto, se excluyen recíprocamente. Esta tesis ha tenido poca fortuna en la doctrina, pues, se ha dicho, en tal caso no existiría concurso de leyes, porque el mismo supone la posibilidad de incluir lógicamente un hecho, a la vez, en varias figuras legales distintas.⁴⁸

⁴⁷ Garrido Mott Mario. Op. Cit. Pág. 354.

⁴⁸ Calderón Cerezo ángel. Op. Cit. Pág. 126

El Código Penal Salvadoreño en el Art. 7 establece tres principios que como ya hemos visto son aquellos a los que la doctrina les ha dado mayor acogida es decir el de especialidad, subsidiariedad y consunción, por lo que a continuación se explicaran en detalle.

2.5.2 PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

El criterio de especialidad, se encuentra regulado en dicho Art. 7 numeral 1 Pn, se trata de un criterio lógico formal, que ocurre cuando un precepto penal reúne todos los elementos del otro y además por lo menos un elemento adicional que permite contemplar el supuesto de hecho, bajo un punto de vista específico.⁴⁹

Muñoz Conde establece en relación a este principio:

“El primero de estos criterios, que refiere a que el precepto especial se aplicara con preferencia al precepto general, es el de especialidad. En efecto cuando un precepto produce las características de otro, añadiéndole además otras específicas, el precepto más específico desplaza al más genérico. Como la relación existente entre el hurto y el robo”⁵⁰

Nos encontramos ante una relación de especialidad cuando un tipo está totalmente contenido en otro, dicho principio se manifiesta cuando un tipo reúne los elementos del otro, más otro u otros complementarios.

⁴⁹ Ibáñez G, Antonio J. Concurso de delitos: la culpabilidad: estudios de derecho penal parte general, Derecho Penal, Argentina. Edición 19941, Pág. 174

⁵⁰ Muñoz Conde Francisco, “Derecho penal parte General”. Pág. 120

En dicho caso, el tipo con más caracteres o elementos especiales funcionara como específico con respecto al otro, general, de menor contenido, al cual absorbe.

Hay relación de especialidad entre dos normas cuando una de ellas describe el mismo hecho que la otra, pero en forma más particularizada; debe existir entre ambas una relación de género a especie, que naturalmente impide que puedan concurrir coetáneamente en un mismo hecho. La determinación de esta relación se logra por un proceso de naturaleza lógico-jurídica; la norma especial prefiere en su aplicación en el caso concreto a la de carácter general.⁵¹

El principio de especialidad, expresado en el aforismo “ex specialis derogat legi generali”, se halla generalmente aceptado. Partiendo de la clasificación de Klug, según la cual la relación entre dos conceptos puede ser de heterogeneidad, identidad, subordinación o interferencia, es claro que el precepto especial se halla subordinado al general.⁵²

Como ejemplo de dicho principio podemos citar el Homicidio Agravado regulado en el Art. 129, respecto del Homicidio regulado en el artículo 128 del Código Penal

2.5.3 PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.

Lo encontramos regulado en el Art. 7 N° 2 Pn, se trata de un criterio en el que una ley subsidiaria, se aplica solo en vía auxiliar, se refiere a una relación de interferencia entre conceptos. Significa que un precepto penal

⁵¹ Garrido Mott Mario, Op. Cit. Pág. 352

⁵² Calderón Cerezo Ángel, Op. Cit. Pág. 127

solo ha de encontrar aplicación, de forma auxiliar para el caso de que no intervenga ya otro precepto penal.⁵³

Se refiere a aquellos casos en que la ley, expresa o tácitamente, dispone que corresponda aplicarla exclusivamente cuando no hay otra norma referente al caso. Se trata de preceptos de carácter subsidiarios, que por mandato legal solo se aplica en ausencia de una norma genérica, común o específica. Constituye a aplicaciones expresa del principio de la especialidad cuando se refiere a una norma en particular, o del principio de la consunción cuando alude en forma genérica a otras disposiciones legales.⁵⁴

Muñoz Conde expresa lo siguiente: “El segundo, criterio es el de la subsidiariedad, el precepto subsidiario se aplicara en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea esta tácitamente deducible o expresamente establecida. La norma subsidiaria se utiliza cuando la principal no es aplicable.

El principio de subsidiariedad es una forma de evitar que la no concurrencia de determinados requisitos, deje sin sanción un hecho que de todos modos, puede ser sancionado por otros preceptos.⁵⁵

Algunos autores distinguen entre Subsidiariedad Expresa o Formal y Tacita o Material, entre ellos podemos mencionar a Calderón Cerezo que establece:

A) La Subsidiariedad Expresa: es la expresamente prevista por la ley. Cuerda Riezu establece dos grupos de preceptos que

⁵³ Calderón Cerezo, Ángel. Op Cit. Pág. 15

⁵⁴ Garrido Mott Mario Op. Cit. Pág. 353

⁵⁵ Muñoz Conde Francisco, Op. Cit.126

contienen reglas de subsidiariedad expresa. a) Supuestos de autoexclusión general: un precepto declara su inaplicación en caso de que al mismo hecho le corresponda, por constituir otro delito, pena mayor. b) Autoexclusiones específicas: En este supuesto se encuentra aquellas figuras que declaran su auto-exclusión respecto a otros concretos delitos o faltas.

B) **La Subsidiariedad tacita:** no se deduce de la ley, sino de la interpretación de la conexión del sentido de varios preceptos penales, de la que resulta que uno de ellos no pretende ser aplicado cuando concurra otra posible calificación más grave del hecho, por constituir este una forma de ataque más grave o acabado del mismo bien jurídico.⁵⁶

Francisco Castillo respecto a esto nos menciona que: La subsidiariedad expresa no pertenece al problema del concurso aparente de delitos. En efecto, en ella el legislador excluye expresamente la norma que se considere subsidiaria.

La subsidiariedad tacita o material es puesta por algunos al lado del principio de consunción, considerando a ambos principios validos para resolver los problemas de concurso aparente de delitos. Otros consideran solo el principio de consunción, mientras que otros la subsidiariedad tacita. La primera posición esto es que hay dos principios independientes, subsidiariedad tacita y consunción, solamente se justifica si la exclusión del tipo penal que no concurre se hace en ambos principios conforme a criterios diferentes.⁵⁷

⁵⁶ Calderón Cerezo Ángel. Op. Cit. Pág.133

⁵⁷ Castillo González Francisco, Op. Cit. Pág. 38

Ejemplo del principio de subsidiariedad es el delito de Cheque sin provisión de fondos Art. 243 del Código Penal ya que es de naturaleza subsidiaria al delito de estafa regulado en el Art. 215 del Código Penal.

2.5.4 PRINCIPIO DE CONSUNCION

El criterio de la absorción o Consunción, se encuentra en el Art. 7 N° 3 Pn, estableciendo este criterio, en el sentido de la relación de consunción, cuando se dice que en ella el contenido del injusto y de culpabilidad de una acción típica alcanza, incluyéndolo, a otro hecho, que la condena de un solo delito, ya expresa de forma exhaustiva, la inclusión de todas las acciones realizadas para el cometimiento de la infracción.

El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel es el de consunción (*lex consumens derogat lex consumpta*). Muchas veces un delito engloba otros hechos ya por si constitutivos de delitos que no se castigan autónomamente porque su desvalor va incluido ya en el desvalor del que forman parte.⁵⁸

La figura más completa y perfecta, consume, la incompleta e imperfecta. Esta situación se presenta en las infracciones progresivas: abuso de armas, lesione leves, graves y, homicidio.

El principio de consunción se anuncio así: el precepto que contempla de modo total el desvalor que el ordenamiento jurídico atribuye a una determinada conducta prevalece sobre el que lo contempla solo manera parcial.⁵⁹

Los tipos penales absorbidos pueden ser de dos clases:

⁵⁸ Muñoz Conde Francisco, Op. Cit. Pág.125

⁵⁹ Calderón Cerezo Ángel. Op. Cit. Pág. 130

- **Previos:** cuando constituyen un medio para alcanzar la consumación de otro tipo penal, se les conoce también como “Delitos de Pasaje” y como “Hechos previos impunes”
- **Posteriores:** constituyen básicamente una secuencia de acciones encaminadas a consumir, materialmente hablando, el tipo penal absorbente.⁶⁰

Como ejemplo de este principio puede mencionarse el que existe en la relación del Robo Agravado regulado en el artículo 213 del Código Penal y el delito de Tenencia, Portación y Conducción ilegal o irresponsable de armas de fuego regulado en el artículo 346-B del Código penal, el robo agravado contempla el desvalor producido por el hecho ya que la Portación de armas de fuego es el agravante de dicho tipo, por lo que el robo agravado subsume al delito de Portación quedando únicamente para ser valorado el delito de Robo Agravado.

Otro ejemplo que podemos mencionar respecto de este principio es la concurrencia en el robo; de las amenazas, coacciones, y lesiones incorporadas al elemento violencia, o en el homicidio consumado o imperfecto, las lesiones que se causen quedan consumidas por aquel. En el delito de violaciones se consumen las agresiones sexuales coetáneas.

⁶⁰ Trejo, Miguel Alberto; Serrano, Armando Antonio y otros. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2ª Edición 1996. El Salvador. Pág. 585

2.6. EL CONCURSO APARENTE DE LEYES EN EL DERECHO COMPARADO

ARGENTINA

Soler, en su Tratado de Derecho Penal Argentino, parte general, Tomo II, contempla el tema bajo el título de “Las relaciones de las figuras penales entre sí y el llamado Concurso de Leyes”. Es admirable como el título *per se* enuncia el nudo de la cuestión, que se encuentra dado por las relaciones típicas o relaciones de las figuras entre sí.

Soler advierte que cuando consideramos las figuras penales de un Código puede suceder que observamos que entre las diferentes normas constitutivas del mismo no exista siempre una “disyunción perfecta”, es decir que ante un hecho que es individualizado por una figura no siempre todas las demás se encuentran en una relación de neutralidad o de indiferencia con la misma, desde que existen figuras que se relacionan de diferentes maneras con otras, a veces de manera muy estrecha, a veces de manera amplia, esta modalidad dio lugar a lo que se denominó “familia de figuras” o “agrupación de figuras”.

Las relaciones que las figuras penales guardan entre sí poseen una importancia evidente para con el tema de la unidad de conducta, puesto que reduce el ámbito de aplicación del denominado “concurso ideal” hasta casi hacerlo desaparecer prácticamente.

Ello acontece por el hecho de que con anterioridad al estudio profundizado de las relaciones típicas se consideraban como figuras concurrentes, ya sea real o idealmente, casos de absorción por mediar, exclusividad, especialidad o subsidiariedad.⁶¹

⁶¹ Arce Aggeo, Miguel Ángel. Concurso de Delitos en Materia Penal. Prologo del Dr. Ricardo Juan Cavallero. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 1996. Pág. 159-160

El esquema elaborado en la Argentina por Soler sigue la sistemática de Beling pero no por completo, ya que desecha la relación de neutralidad que debe, según el autor referido, “ser decididamente separada de la teoría del concurso de leyes, porque es la base para que pueda darse el caso del concurso ideal”, puesto que si en el caso concreto existiera una unidad de conducta o hecho y una pluralidad de encuadres correspondientes de figuras neutras entre sí, nos encontraríamos ante un caso de concurso ideal.

Soler define las relaciones típicas de la siguiente manera:

- 1) **Exclusividad:** la afirmación de una figura importa la necesaria exclusión de la otra, puede darse por consunción o por alternatividad.
- 2) **Especialidad:** la afirmación de una figura importa la afirmación de la otra.
- 3) **Subsidiariedad:** la afirmación de una solo será posible con relación a otra en forma condicional.⁶²

En el Código Penal de Argentina, el legislador lo que hizo fue facilitar una solución a los problemas que atañe el Concurso Aparente, y no se establecen los principios antes mencionados, tal como lo establece el artículo 54 del título nueve del Código Penal Argentino que literalmente dice:

“Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor”.

⁶² Arce, Aggeo, Op. Cit. Pág. 166

MEXICO

En México encontramos regulado la figura del concurso aparente de leyes en el capítulo V que lo regula como concurso aparente de delitos en el Art. 18 y 19 que dice:

Artículo 18.- Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos.

Artículo 19.- No hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado.

Pero el libro de Lineamientos Elementales de Derecho Penal parte general, encontramos el concurso aparente de leyes. El concurso de normas ha recibido muy diversas denominaciones: “conflicto de leyes”; “colisión de normas”; “conurrencia de normas incompatibles entre sí”, etc. Trátase de un problema de aplicación de la Ley Penal; por ello muchos autores ubican el tema dentro de la Teoría de la Ley Penal.

En el concurso de leyes un mismo hecho punible puede quedar tipificado en preceptos diferentes; existe un aparente concurso de dos o más leyes que aparecen disputarse la tipicidad del acto; esto es, bajo las cuales queda aparentemente comprendido el mismo hecho, una sola conducta; por eso se habla de concurso aparente de leyes o conflictos de leyes. En el concurso ideal, un solo acto tipifica dos o más delitos por violarse en efecto dos o más disposiciones penales; en el concurso aparente solo se viola una disposición, pero hay dificultad para determinar cuál sea, pues varias tipifican el mismo hecho. Son dos o más leyes en donde, simultáneamente, trata de encuadrar una misma conducta. En este caso, sin duda, no existe concurso de delitos; la infracción penal es única y una

sola lesión jurídica; hay, pues, concurso de leyes, por ser diversas las que pretenden comprender el hecho. No operan distintas antijuridicidades, sino una, pero parece convenir, al mismo tiempo, a varios tipos legales. Según el artículo 59 del Código Penal del Distrito, ahora derogado, cuando un delito pudiera ser considerado bajo dos o más aspectos y bajo cada uno de ellos mereciera una sanción diferente, debía imponerse la mayor. Actualmente el último párrafo del artículo 6º del ordenamiento represivo dispone: “cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.”⁶³

CHILE.

La doctrina chilena contempla el Concurso Aparente de Leyes en el apartado de la Interpretación de la ley penal, por su parte cabe recalcar el comentario hecho por el autor Eduardo Novoa Monreal, el cual explica que la mayor parte de la doctrina se ha ocupado en elaborar teorías desligadas de la realidad, las cuales al final pierden el objetivo del tema, que es el de facilitar la correcta aplicación de los tipos penales.⁶⁴

Al respecto de la denominación de la figura, establece la doctrina que llamarle concurso aparente de leyes es erróneo, y plantean que sería mejor el nombre de concurso aparente de tipos atendiendo a la naturaleza de lo que aparentemente concurre, ya que no son leyes, sino tipos penales.

⁶³ Castellanos Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pág. 310 y 311; parte general; vigésimo tercera edición prologo a la primera edición por el Dr. Celestino Porte Pet Candaudap. Editorial PORRUA, S.A. Av. República Argentina, 15 México, 1986.

⁶⁴ Novoa Monreal Eduardo, “Curso de Derecho Penal Chileno”, Primera Edición, editorial Jurídica de Chile, año 1960. Pág. 283.

Para establecer las diferencias entre los concursos ideal y el aparente de leyes, el aporte del derecho penal chileno es el siguiente:

“Como criterio básico y fundamental puede señalarse que hay concurso ideal de delitos y en consecuencia, que el hecho ha de ser contemplado simultáneamente por dos o más tipos, cuando la antijuridicidad de ese hecho exceda al ámbito de cualquiera de los tipos en juego considerados aisladamente y tengan aspectos que no puedan quedar alcanzados sino encubriéndolo por dos o más de esos tipos.

En cambio si la antijuridicidad del hecho está íntegramente captada por el verdadero sentido de uno solo de los tipos, habrá de tenerse el caso como de concurso aparente de leyes, regido solo por ese tipo que en forma más directa, completa y eficaz cubra la protección del bien jurídico afectado.”⁶⁵

Un aspecto importante a ser destacado es que se establece el principio de *Ne bis in ídem*, considerándolo como una directriz al momento de resolver los problemas concernientes al concurso aparente de leyes, destacando que cuando un tipo que por su extensión o amplitud, la finalidad de su protección y la entidad o naturaleza de su pena puede estimarse que abarca y comprende íntegramente la conducta que otro describe, debe entenderse que el primero prevalece y excluye por innecesario al otro, de lo contrario estaríamos en el campo de la doble penalización por una sola conducta y por un solo bien jurídico violentado.

La cuantía y la entidad de la pena también son criterios interpretativos expuestos para resolver los problemas vinculados al concurso aparente de leyes, debido a que una pena mayor es generalmente una indicación de que el tipo que la contiene puede tener preeminencia sobre otro, para asumir la tutela de un bien jurídico más comprensivo o complejo.

⁶⁵ Novoa Monreal Eduardo. Op. Cit. 284.

Por otra parte las reglas interpretativas establecidas por la doctrina chilena son las mismas que la doctrina en general establece, los denominados principios de alternatividad, de la consunción, de la especialidad y de la subsidiariedad.

ESPAÑA.

La doctrina española es una de las más abundantes en torno al concurso aparente de leyes, gran parte de la misma se ha introducido a nuestro Derecho Salvadoreño sin mayores cambios, autores como Ángel Calderón Cerezo, establecen que dicha figura corresponde al ámbito de la interpretación de la ley penal. Por otro lado ha sido especialista en la recopilación de los diversos tratadistas de la materia y en la interpretación o análisis de los trabajos de los mismos para unificarlos y establecer lo que se entiende por concurso aparente de leyes en España.

Sin embargo la jurisprudencia discrepa en el punto que ya anteriormente hemos expuesto como característica del concurso aparente de leyes, es decir la existencia de un solo hecho o acto y admite, en consecuencia, dentro del concurso de leyes, la existencia de una pluralidad de hechos o actos que no constituyen un concurso real.

Por otra parte, cabe resaltar que en el Código Penal Español, no existe un apartado que establezca, como lo es en el caso de el Código Penal Salvadoreño, "Concurso Aparente de Leyes", sino que simplemente la figura es reconocida en el artículo 8 del Código Penal Español. Esto se deduce de la redacción y de los principios establecidos para poder resolver las situaciones que se regulan en el presente artículo que literalmente establece:

“Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigaran observando las siguientes reglas:

1°. El precepto especial se aplicara con preferencia al general

2°. El precepto subsidiario se aplicará solo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible,

3°. El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel.

4°. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal mas grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.

Es por ello que los autores españoles establecen la crítica antes mencionada al nombre que se le da al concurso aparente de leyes, llamándolo como concurso aparente de normas o de tipos penales.

CAPITULO TRES

“RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO”.

3.1 INTRODUCCIÓN

Después del abordaje realizado en el capítulo anterior al Concurso Aparente de Leyes respecto de sus aspectos doctrinarios y sus características, el presente capítulo está dedicado a analizar la aplicación de esta figura dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño, es decir, se explicara cómo opera dentro del mismo y como los operadores del sistema penal utilizan esta figura.

Para esto se realizó una investigación de campo tendiente a verificar o refutar la Hipótesis general que dio origen al presente trabajo:

“La falta de conocimiento y manejo del concurso aparente de leyes y su poca utilización, provoca un exceso en la aplicación de la ley penal por parte de los operadores del sistema penal salvadoreño”

Siguiendo con la hipótesis general, establecimos una serie de hipótesis específicas, las cuales se sometieron a verificación durante el desarrollo de esta investigación y las cuales son las siguientes:

- El abuso de la norma penal conlleva a la aplicación de varias normas penales cuando solo debe aplicarse una de ellas.
- Al existir una aplicación de varios preceptos penales para un solo hecho, se vulnera el principio de la prohibición del doble

juzgamiento, conocida como Ne bis in ídem y el Principio de Proporcionalidad de la pena.

- La violación al Ne bis in ídem provoca un grave daño al imputado, puesto que el doble juzgamiento implica una doble penalización, ello significa hacer más larga la pena.

A continuación, se presentan brevemente una ubicación del Concurso Aparente de Leyes dentro de la dogmática penal, es decir el campo de la interpretación, seguidamente de una explicación de los principios que se ven violentados de confirmarse que no exista aplicación del Concurso Aparente de Leyes en El Salvador.

3.1.1 LA INTERPRETACION DE LA LEY PENAL.

La ley, como aquella voluntad soberana, debe ser interpretada, es decir comprendida en lo que ella establece en abstracto para ser aplicada al caso concreto, llenando de valor los preceptos penales. Indudablemente que esta operación se llena de subjetivismo, por lo que deben existir reglas claras acerca de cómo debe ser la interpretación de la ley.

Pero ¿Qué significa interpretar la ley? Según Luís Jiménez de Asúa, la interpretación es una operación jurídica que se dirige a descubrir la voluntad de la ley en función de todo el ordenamiento jurídico y las normas superiores con el fin de aplicarlas a los casos concretos de la vida real.

La ubicación del Concurso Aparente de Leyes responde al campo de la interpretación de la ley penal, ya que lo que trata de resolver es que norma aplicar en los casos en que el intérprete debe seleccionar aquella

que mejor contiene el desvalor del hecho en su totalidad, cuando aparentemente se pueden utilizar varias normas.

Es deber del intérprete la correcta aplicación de los tipos penales, para el caso, le corresponde establecer si existe un solo o varios delitos, de ahí que solo exista uno, le corresponde establecer en qué relación se encuentra el delito existente con los demás que quedan desplazados; estableciendo las relaciones de subsidiariedad, especialidad o de consunción que existan en el caso concreto.

3.1.2 EL MÉTODO SISTEMÁTICO DE INTERPRETACIÓN.

Este método de interpretación de la ley, considera al derecho vigente como una totalidad que se basta a sí misma, busca el significado de las leyes tomando en cuenta la jerarquía y vinculación recíproca de ellas, de sus instituciones y preceptos, así como la ubicación de los dos últimos en los títulos y capítulos de aquéllas.

El Concurso Aparente de Leyes representa un medio técnico de interpretación sistemática de la ley penal ya que su finalidad es el funcionamiento recíproco de las figuras delictivas.⁶⁶

La concurrencia de normas puede ser, ante todo real y efectiva porque el sujeto haya materialmente violado más de una, o lo que es lo mismo, su conducta respecto a ella sea subsumible en diferentes tipos de delitos, si esto sucede el interprete estará en un concurso de delitos, ya sea real, medial o ideal. Es por esta razón que al no poder enmarcar la conducta

⁶⁶ Ricardo C. Núñez, Manual de Derecho penal, parte General, 3ª edición, editorial Córdoba 1981, Argentina.

en un concurso de cualquier tipo, surge el problema de establecer la norma que con mayor precisión y plenitud recoja las diferentes circunstancias y elementos del hecho, pues solo así esa expresara la exacta valoración que el hecho merece.⁶⁷

3.2 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL NE BIS IN IDEM⁶⁸

Dos temas fundamentales que se relacionan con la aplicación del Concurso Aparente de Leyes son aquellos que dentro de la doctrina penal se conocen como el Ne bis in ídem y el Principio de Proporcionalidad.

3.2.1 El ne bis in ídem.

Establecido como garantía de la persona a nivel constitucional,⁶⁹ este principio recoge la declaración que nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho, a su vez este principio rechaza que un mismo hecho pueda dar lugar a más de una pena o a la aplicación de una agravante ya tomada en cuenta en el delito básico⁷⁰. Es por ello que la no aplicación del concurso aparente de leyes en los casos que un solo hecho es encuadrado en múltiples delitos existiendo solo uno de ellos, es en evidencia una contradicción al mencionado principio, tal y como lo

⁶⁷ Gonzalo Quinteros Olivares y otros, "Manual de Derecho Penal, Parte General, Tercera edición, Editorial Arazandi España. Año 2002. Pág. 760.

⁶⁸ Algunos autores lo establecen como non bis in ídem, ambas terminologías son correctas.

⁶⁹ Art. 11 de La Constitución de la República de El Salvador.

⁷⁰ Ignacio Berdugo Gómez y otros, "Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Editorial Praxis, Barcelona España, Pág. 44 y siguientes.

establece Gonzalo Quinteros Olivares en el Manual de Derecho Penal Español:

“...Pero lo importante, para comprender porque solamente es posible apreciar una infracción radica en que la norma aplicada, al recoger la plenitud del injusto cometido, da lugar a cualquier otra sanción, impuesta en nombre de otra norma, suponga violación al principio non bis in ídem, toda vez que un mismo hecho sería castigado dos veces.”

“Las reglas que resuelven estos concursos aparentes son lógicas consecuencias de la prohibición de castigar dos veces al mismo hecho”⁷¹

Es evidente la importancia que requiere la utilización del Concurso Aparente de Leyes para evitar la posible vulneración del Principio Ne bis in ídem tal y como lo establece la jurisprudencia salvadoreña que más adelante en este capítulo se analizará en detalle

3.2.2 El Principio de Proporcionalidad

Establecido como un límite al ius punendi del estado, el principio de proporcionalidad abarca aspectos tanto abstractos como concretos. Debemos comprender que la proporcionalidad radica en que el legislador, como miras a la prevención general del delito establezca penas a los hechos las cuales no sean exageradas, y atendiendo al bien jurídico tutelado. Es decir, debe existir una congruencia entre la gravedad de la pena y el hecho, así un homicidio tendrá mayor sanción que un hurto.

⁷¹ Gonzalo Quinteros Olivares y otros. Op. Cit. Pág. 760.

Este principio implica una proporción de la sanción con el fin que se persigue con la pena, la medida que se adopte ha de ser apta para alcanzar los fines que se persiguen, que la justifican y conforme a ellos. Ha de determinarse mediante un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal, la ponderación ha de efectuarse desde la perspectiva del derecho fundamental del bien jurídico que ha venido a limitar su ejercicio, determinando así las medidas adoptadas, son o no proporcionadas a la defensa del bien jurídico que da origen a la restricción.

La proporcionalidad ha de atender a la gravedad del delito cometido, esto es, al contenido injusto, al mal causado y a la mayor o menor responsabilidad del autor. La pena proporciona la gravedad del delito, será también, en abstracto, la adecuada a la finalidad de tutela.

Es de todos conocidos que la pena tiene una naturaleza sancionatoria, es decir que es la consecuencia jurídica por haberse cumplido el supuesto jurídico preestablecido en la norma jurídica y tiene como finalidad tanto los aspectos preventivos como los retributivos, es decir que la pena está encaminada a retribuir el mal causado por el delito, en virtud de la libertad de decisión del delincuente, y para ello se vale de la proporcionalidad de la pena en atención al grado del disvalor de la conducta del autor.

Los fines de la pena se concretizan a la hora de imponer una pena a una persona, pero deben de guardar la concordancia debida con la finalidad general del Derecho penal, la ya citada búsqueda de la Armonía y la Paz Social.

Respecto al tema que nos interesa que es El Concurso Aparente de Leyes, como grupo nos planteamos que al no aplicarse tal figura se violentaría el principio de proporcionalidad de la pena, decimos esto,

debido a que, a una persona se le puede estar juzgando por haber cometido varios delitos cuando en realidad uno solo de ellos puede subsumir o desplazar a los demás, es decir que se le juzgaría por un solo delito con sus respectivas agravantes si las hubiera, pero generalmente los delitos se toman separadamente por lo tanto cada uno tiene su respectiva pena, por lo que a la persona se le impondrán pues , varias penas, cuando lo más razonable, o en base a lo que la ley nos dice, dicha pena debe ser impuesta solo por un delito, eso si, aumentada según sea necesario.

Pero al no aplicarse la figura del concurso aparente de leyes, al imputado se le impondría una pena mayor a la que realmente le corresponde, y es ahí donde se violentaría el principio de proporcionalidad de la pena, ya que si bien es cierto la pena tiene un fin sancionatorio, esta solo ha de aplicarse cuando sea necesaria y en su proporción debida.

Por otro lado corresponde al principio de la proporcionalidad la adecuación de la sanción con la infracción cometida.

La exigencia de que la pena sea proporcional a la entidad culpable de la actuación del autor; es decir que entre el castigo y el injusto exista un equilibrio. Asimismo, debe exigirse que el límite máximo de este castigo no sea tan elevado que haga imposible cualquier clase de tratamiento resocializador.

En este mismo orden de ideas, al calificar un hecho como varios delitos, los cuales aparentemente aparecen como dependientes entre sí pero que en realidad no lo son sino que se excluyen, significa aumentarle a un solo hecho la sanción, sumando la de los delitos que quedan excluidos o que son absorbidos o desplazados por la totalidad del que debe prevalecer. ¿Por qué entonces se aplican dos o más sanciones, si una sola de ellas

es la que merece el desvalor del hecho, lo cual es acorde al principio de proporcionalidad?

La respuesta se encuentra en la aplicación del concurso aparente de leyes el cual impide que a un mismo hecho se le califique de manera simultánea con varios delitos (en consecuencia varias sanciones) cuando solo uno de ellos corresponde verdaderamente, es así que al no aplicar esta figura, la pena no es proporcional al hecho y se estaría penalizando en exceso.

Teniendo estos puntos claros, los que servirán para comprender mejor el resultado de la investigación de campo, pasaremos al análisis de las sentencias que sirvieron de muestra.

3.3 SENTENCIAS A ANALIZAR.

Las sentencias son seis en total, cada una de ellas fue emitida por un Tribunal de Sentencia de los departamentos de San Salvador, San Vicente y Chalatenango y son las siguientes:

1. **P0103-115-00 TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA**, San Salvador, Catorce De Octubre De Dos Mil.
2. **P0901-96-2001 TRIBUNAL DE SENTENCIA**: Chalatenango, ocho noviembre del año dos mil uno
3. **0101-34-2002 TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA**, San Salvador, siete de mayo del año dos mil dos.
4. **1301-94-2003 TRIBUNAL DE SENTENCIA**, San Vicente, veintinueve de septiembre de dos mil tres.
5. **0901-37-2005 TRIBUNAL DE SENTENCIA**: Chalatenango, veinte de abril del dos mil cinco.

6. 0901-100-2007 TRIBUNAL DE SENTENCIA: Chalatenango, a las nueve horas diez minutos del día seis de diciembre de dos mil siete.

Primero se expone de manera breve el contenido de las sentencias: los hechos, los incidentes planteados por las partes, la valoración emitida por los jueces en cuanto a los delitos requeridos, la aplicación del concurso aparente de leyes y el fallo emitido por el tribunal, para posteriormente dar paso al análisis de las mismas.

1. P0103-115-00

TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA, San Salvador, a las diecisiete horas del día catorce de octubre de dos mil.

JUECES: Licenciados Martín Rogel Zepeda, Delmy Yanira Choto de Contreras Y María Flor Silvestre López Barriere

IMPUTADO: Jorge Antonio Arévalo Andrade, Reynaldo Hernández Mejía, Ronald Gamaliel Sisnado Hernández, y Manuel Antonio Carrillo Ascencio,

VICTIMA: Juan Carlos Miranda Nuila.

DELITOS REQUERIDOS POR FISCALIA: Homicidio Agravado en Grado de Tentativa, Arts. 128 Y 129 N° 2, 3 y 8 En relación con el Art. 24 del CP y Privación de Libertad por Funcionario o Empleado Público, Agente de Autoridad o Autoridad Pública, Art. 290 del CP,

REPRESENTACIÓN FISCAL: Telma Yamilet Flores y Alma Elizabeth Campos Hernández;

DEFENSA: Iris Virginia Nolasco; y como Defensores Particulares de los Imputados Reynaldo Hernández Mejía, Ronald Gamaliel Sisnado Hernández y Manuel Antonio Carrillo Ascencio, Los Licenciados Ada Luz Quiñonez y Ricardo Ramírez Ponce.

Resumen de los hechos:

“El día nueve de febrero del año dos mil, aproximadamente a las diecisiete horas con cincuenta minutos, en ocasión que el joven Juan Carlos Miranda Nuila, se conducía a bordo del vehículo placas particulares doscientos treinta y siete mil sesenta y uno, tipo microbús, propiedad de la señora Laura Inocencia Nuila Miranda, fue interceptado a la altura de la salida a la calle El Pino de la Colonia Prados de Venecia cuarta etapa de la ciudad de Soyapango, por un retén policial compuesto por cuatro agentes de la PNC, de los cuales tres de ellos andaban uniforme de fatiga y uno con uniforme de diario; al hacerle parada a la víctima, le pidieron sus documentos de tránsito y procedieron al registro rutinario del vehículo, luego después de realizar esta actividad, uno de los agentes le pidió a la víctima si les podía dar ray, contestando éste afirmativamente, por lo que dichos agentes se subieron al microbús antes referido, subiéndose en la parte delantera el policía que andaba uniforme de diario, y en la parte trasera los tres restantes que vestían uniformes de fatiga; al llegar a la parada de buses de la colonia Los Santos de la ciudad de Soyapango, le dijeron que se estacionara, pero luego le dijeron que siguiera hasta llegar al parqueo del Liceo Cristiano, pero al llegar no lo dejaron ingresar, manifestándole que siguiera; luego uno de los sujetos que iba en la parte trasera del vehículo le puso una pistola diciéndole que no intentara hacer ningún movimiento, menos verles la cara a ellos, siendo éste mismo sujeto quien lo pasó al asiento trasero del microbús, tomando el volante el policía que iba en la parte delantera del mismo, ya estando en la parte trasera hicieron que la víctima se metiera abajo del asiento, poniéndole uno de ellos la bota en la cara y agrediéndole verbalmente, en el interior de dicho vehículo retuvieron a la víctima, a quien anduvieron por diversos lugares de la Ciudad de Soyapango y posteriormente se dirigieron a la ‘Autopista de Oro’ que conduce de la Ciudad de Soyapango a San Martín e ingresaron a un predio que se encuentra en las inmediaciones del Restaurante Gold Street en la

Jurisdicción de San Martín, donde dichos indiciados manifestaron su intención de matar a la víctima, cuando dijeron que había que pegarle dos plomazos, expresión que fue hecha por el policía que iba de uniforme de diario y que uno de los otros policía le dijo que cómo se le ocurría que le iba a disparar con la pistola de equipo, por lo que le expreso posteriormente el otro policía "entonces métele la navaja, pero rápido que nos pueden ver" y es así que comenzaron a agredirlo con una navaja tipo suiza, color rojo, ocasionándole varias heridas en la cabeza y en la mano izquierda con la cual trataba de defenderse y posteriormente lo tomaron de la cabeza, haciéndole una herida profunda en el cuello y lo tiraron en un barranco, dejándolo en dicho lugar, después que se retiraron los imputados en el microbús que conducía la víctima, éste se levantó y logró llegar al restaurante mencionado anteriormente donde fue auxiliado y llevado al Hospital de San Bartolo, después de haber perdido el conocimiento a raíz del sangramiento que sufrió.”

No se plantearon incidentes.

DEL DELITO DE HOMICIDIO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA:

El homicidio agravado cuando concurre el robo es una figura especialmente calificada en el artículo 129 Número dos, la cual para la adecuación de los hechos a la norma prescrita, debe haberse realizado una muerte o intentado dar muerte a otro, para apoderarse del patrimonio ajeno, utilizando violencia ya sea al inicio de los hechos, en el momento de ejecutarlo o al final de los mismo para lograr su consumación, violencia que deberá recaer sobre la persona que detenta la cosa. En este caso se ha establecido la existencia de una cosa en poder de otro y que se tenía la intención de apoderarse de ella por cuanto se realizan las conductas por parte de los sujetos activos, tendientes a apoderarse y a matar para

lograrlo. En consecuencia estamos en presencia de la figura agravada de homicidio tentado, por haber concurrido el móvil de robo.

Debido a la intervención de sujetos que reúnen características de ser agentes de autoridad como se dirá en el siguiente apartado ha concurrido la agravante del numeral 8 del artículo 129 CP., " cuando fuere ejecutado por autoridad civil o militar, valiéndose de tal calidad ", tomando en consideración que los agentes de la policía nacional civil son agentes de autoridad civil, por tanto se encuentran en la calidad del artículo 39 Número cuatro del CP. Y debe considerarse la concurrencia de la agravante alegada por la representación fiscal, si en autos y al relacionar la prueba se prueba objetivamente la acreditación de la calidad exigida.

Con relación a las circunstancias atenuantes o agravantes que hayan concurrido en el presente caso, es de señalar que el hecho de por sí ya es una figura cualificada, puesto que se está ante un HOMICIDIO AGRAVADO TENTADO, en vista que se tiene regulado en los supuestos dos y ocho del Art. 129 Pn, observándose en el primer supuesto el HOMICIDIO para preparar, facilitar, consumir u ocultar el delito de ROBO y en el número octavo la ejecución del delito referido por parte de una autoridad, en el presente caso, dado que los imputados eran agentes de autoridad, concurre la referida agravante, la que ha sido analizada con ocasión de la determinación de los elementos del tipo penal al inicio de esta sentencia. Observa este Tribunal que en virtud de que la figura acusada ya es agravada, no es procedente aplicar las agravantes genéricas del Art. 30 Pn, que pudiesen concurrir, asimismo no se visualiza atenuantes

DEL DELITO DE PRIVACION DE LIBERTAD POR FUNCIONARIO O EMPLEADO PUBLICO, AGENTE DE AUTORIDAD O AUTORIDAD PÚBLICA.

Se establece en el artículo 290 CP., establece en su tenor literal, " El funcionario o empleado público , agente de autoridad o autoridad pública que fuera de los casos señalados por la ley realizare...cualquier privación de libertad de una persona..... " protege la libertad de movimiento como capacidad el ser humano de fijar su posición en el espacio, siendo la conducta típica la de privar de libertad a otro, en donde el sujeto activo del delito requiere una característica especial, clasificándose en consecuencia por la doctrina como un delito especial impropio, pues al sujeto activo del delito en este caso se le exige la característica de ser FUNCIONARIO O EMPLEADO PUBLICO, AGENTE DE AUTORIDAD O AUTORIDAD PUBLICA, pudiendo ser cometida la conducta de privar de libertad por cualquier persona pero en este caso, está referido cuando son los sujetos que se describen en el supuesto de hecho de la norma.

DEL CONCURSO APARENTE DE NORMAS PENALES

Para el presente caso consideran estos jueces que estamos en presencia de un concurso aparente de norma penales, conforme al artículo 7 del Código Penal, que establece las reglas a aplicar en el caso de concurrencia de varias infracciones penales.

El **concurso aparente** de **leyes** penales tiene su fundamento en la idea de que el ordenamiento jurídico es un sistema " consistente ", basado en el axioma que no es posible castigar dos veces por el mismo hecho; en los casos donde un hecho pueda ser subsumible en "apariencia" a varios preceptos, pero que uno de ellos desplace a los restantes. El

desplazamiento de los restantes preceptos solo puede ser posible en aplicación de los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción.

En el caso objeto de este juicio tiene relevancia el análisis del principio de consunción, en tanto que de palabras de Vives Antón, señala que el precepto que contempla de modo total el desvalor que el ordenamiento jurídico atribuye a una determinada conducta prevalece sobre el que lo contempla sólo de manera parcial. En consecuencia el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

El tribunal entiende que estamos en presencia de la regla de consunción por las siguientes razones: Debe aplicarse la hipótesis de progresión criminosa, ya que en el presente caso existieron conductas capaces de ser calificadas de una forma separada pero atendiendo a la complejidad del hecho se puede determinar que los sujetos activos del delito de homicidio tentado realizaron conductas en progresión las que han sido consumidas en el delito complejo como lo ha sido el delito de homicidio agravado tentado con motivo de robo.

Entienden estos jueces que cuatro sujetos vestidos tres con uniformes de fatiga - todo azul - y uno con uniforme pantalón azul y camisa blanca, ejerciendo hasta ese momento funciones inherentes a las de seguridad pública - policiales civiles – hacen parada a un conductor de un microbús, el cual es registrado y llevado en contra de su voluntad y mediante violencia a un lugar no propuesto por el sujeto pasivo, pero si por los activos del delito para perpetrar el mismo y en el recorrido se desarrollan conductas tendientes a quitarle la vida es bajado y acuchillado con una navaja por uno de los sujetos, y abandonado en la creencia de que había fallecido, por tanto que la libertad de movimiento o desplazamiento hacia el destino previsto por sujeto pasivo se ve impedido por la acción delictiva

de matar por robar ejercida; pero no puede entenderse esta con una separación delictiva puesto que fueron los medios de tiempo y espacio utilizados para la comisión de este, convirtiéndose el delito de privación de libertad en un medio necesario para la comisión del delito especialmente previsto por los sujetos activos .

DEL FALLO:

a) Se declara a JORGE ANTONIO AREVALO ANDRADE, de generales ya relacionadas como COAUTOR directo del delito de HOMICIDIO AGRAVADO TENTADO, en perjuicio de JUAN CARLOS MIRANDA NUILA, y condénese a la pena principal de DIECISEIS AÑOS DE PRISIÓN; b) Se declara a RONALD GAMALIEL SISNADO HERNANDEZ, de generales ya relacionadas como COAUTOR directo del delito de HOMICIDIO AGRAVADO TENTADO, en perjuicio de JUAN CARLOS MIRANDA NUILA, y condenase a la pena principal de DIECISEIS AÑOS DE PRISIÓN; c) Se declara a MANUEL ANTONIO CARRILLO ASCENCIO, de generales ya relacionadas como COAUTOR directo del delito de HOMICIDIO AGRAVADO TENTADO, en perjuicio de JUAN CARLOS MIRANDA NUILA, y condenase a la pena principal de DIECISEIS AÑOS DE PRISIÓN; d) ABSUELVESE a REYNALDO HERNANDEZ MEJIA, de generales expresadas en el preámbulo de esta sentencia del delito de HOMICIDIO AGRAVADO TENTADO, en perjuicio de JUAN CARLOS MIRANDA NUILA; e) Condenáseles a los imputados JORGE ANTONIO AREVALO ANDRADE, RONALD GAMALIEL SISNADO HERNANDEZ y MANUEL ANTONIO CARRILLO ASCENCIO, por el tiempo que dure la pena principal a la pérdida de los Derechos de Ciudadano e Inhabilitación Absoluta como penas accesorias; f) Condenase a los acusados JORGE ANTONIO AREVALO ANDRADE, RONALD GAMALIEL SISNADO HERNANDEZ y MANUEL ANTONIO CARRILLO ASCENCIO, a pagar en concepto de RESPONSABILIDAD

CIVIL, por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO TENTADO en perjuicio de JUAN CARLOS MIRANDA NUILA, la cantidad de CINCO MIL COLONES exactos por cada uno de ellos; g) En cuanto al imputado REYNALDO HERNANDEZ MEJIA, líbrese la correspondiente orden de LIBERTAD.

ANALISIS DE LA SENTENCIA P0103-115-00

En esta sentencia, no hubo incidentes planteados, ninguna de las partes alego el concurso aparente de leyes e incluso la representación fiscal ni siquiera requirió los delitos en forma de concurso ideal, en la modalidad del concurso medial, debido a que pudo observarse que la privación de libertad fue un medio necesario para la realización del delito de robo, seguidamente con el de homicidio tentado.

Aquí los jueces fueron los que observaron la concurrencia aparente de los delitos de homicidio y privación de libertad, es muestra que le corresponde al juez como vigilante de la Constitución y de las garantías de la persona estar atento a este tipo de circunstancias que ninguna de las demás partes había notado.

Nos corresponde a nosotros explicar el motivo por el cual el delito de privación de libertad se absorbe por el delito de homicidio, ya que podría ser visto como un concurso medial, es decir que la privación de libertad fue un medio necesario para el homicidio agravado en grado de tentativa.

La sentencia hace mención de la progresión criminosa, y es aquella que la doctrina establece como aquellos casos en los que hay delitos que según su naturaleza, deben recorrer para llegar a su plenitud varios tipos penales.

La doctrina italiana la establece como la figura del delito progresivo, este existe cuando un tipo penal, considerado en abstracto y según su

contenido, contiene a otro, de modo que el delito más grave no puede ser realizado, sin realizar el menos grave.

Es así que la característica del delito progresivo es que una sola conducta ofende crecientemente o un mismo bien jurídico o un bien jurídico de mayor importancia, existe una pluralidad de eventos y una sola voluntad que en este caso era la de realizar el robo.⁷²

Este tipo de casos, son los planteados por la doctrina, y deben tenerse en cuenta para poder analizar los hechos concretos que podrían confundirse con el denominado concurso medial.

Es así que mediante la figura del delito progresivo es posible incluir el delito de privación de libertad en el homicidio agravado en grado de tentativa, puesto que atendiendo a las circunstancias del hecho, se colige que para poder realizar el delito más grave necesariamente tenía que ocurrir la privación de libertad, lo que nos lleva a la aplicación del principio de consunción:

“El precepto más amplio o completo absorberá a los que castiguen a las infracciones contenidas en aquel”

Y como ya lo analizamos, en el delito de homicidio agravado se produjo la privación de libertad, este último queda dentro del primero.

Por otro lado, si bien es cierto que el delito de privación de libertad es incluíble dentro del delito de homicidio agravado, nos queda la pregunta: ¿Por qué no se penalizó el delito de robo agravado de conformidad al artículo 213 numeral 2 del CP?

⁷² Castillo González Francisco, Op. Cit. Pág. 48 y siguientes.

Creemos que en este caso si esta correctamente aplicado el concurso aparente de leyes, pero que no se haya tomado en cuenta el delito de robo que a nuestro juicio se consumó y constituye un delito completamente independiente del de homicidio agravado, resulta un grave error por parte de la Fiscalía, que no se percato que podía requerir por el delito de robo en un concurso real con el de homicidio agravado.

2. P0901-96-2001

TRIBUNAL DE SENTENCIA: Chalatenango a las nueve horas del día ocho noviembre del año dos mil uno

JUECES: Licenciados Sandra Luz Chicas Bautista, Dina Elíizabeth Castaneda Interiano y Oscar Ernesto Contreras Quintanilla; presidiendo la audiencia la Licenciada Chicas Bautista, en calidad de Jueza Presidente del Tribunal.

IMPUTADO: Roberto Carlos Santos Guardado

VICTIMA: La Paz Pública

DELITOS REQUERIDOS POR FISCALIA: Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, Previsto en el Artículo 36 de La Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas,

REPRESENTACIÓN FISCAL: Licenciado Adolfo Antonio Ramírez Andrade.

DEFENSA: Defensor Público del imputado, el Licenciado Walter René Martínez Franco.

Resumen de los hechos:

“El día nueve de febrero del corriente año, a las trece horas el Sargento José Eduardo Velázquez Beltrán, se encontraba en la Sección Antinarcóticos Departamento de la Policía Nacional Civil de

Chalatenango, quien recibió una llamada telefónica de parte de una persona que solo se identificó con el nombre de " CRUZ" y manifestó que deseaba dar información de dos personas que se dedicaban a vender droga en su casa de habitación, la cual está ubicada en la tercera Calle Poniente y tercera Avenida Norte, frente a la cancha deportiva La Maraña y que dicha casa fue utilizada como billar con el nombre de " Cancha Club", la cual se compone de un salón al costado norte, contiguo a ésta un corredor, un baño y al costado sur cuatro cuartos pequeños y un solar donde están planteadas unas huertas, en las que esconden la droga, también la esconden en un saco de vestir que tiene en el dormitorio y que a dichas personas las conoce con el nombre de Roberto Carlos N., y Blanca N., dando las características físicas de dichas personas, diciéndole también que dicha señora vende la droga en el mercado por veces. Luego de dicha llamada el Sargento informó a la Unidad Antinarcóticos de la Fiscalía General de la República, motivo por el cual el día diez del mismo mes y año, se comisionó al Licenciado Oscar Alexander Carbajal, quien el mismo día le dio al Sargento la dirección funcional donde le ordenaba las diligencias iniciales de investigación, fue así que los días trece y veintitrés de febrero del presente año, el Sargento Velásquez Beltrán, realizó las vigilancias, en la cual ubicó la casa denunciada realizando un croquis de ubicación, y además logró ver que en dicha casa vivían las personas denunciadas y que a dicha casa llegaban varios sujetos los cuales eran atendidos tanto por el sujeto conocido como Roberto Carlos N., y la señora Blanca N., quienes luego de conversar le entregaban a los sujetos unos paquetitos de color brillante, en la forma en que se distribuye la droga y éstos le entregaban dinero a cambio, fue por ello que el día veinticinco de febrero del corriente año, el Sargento Velásquez Beltrán solicitó al Juez Segundo de Paz de Tejutla, autorizando un tiempo de veinticuatro horas, para la práctica de dicho registro, fue así que a las cinco horas del día veintiséis del mismo mes de febrero, se constituyeron a la referida casa el Fiscal Licenciado

Miguel Ángel Pérez Puentes, acompañado de los señores Sargento José Eduardo Velásquez Beltrán, agente Manuel Antonio Vásquez Fuentes, y el cabo José Ernesto Molina, y el Técnico José Adonay Duarte Elías y Fotógrafo Julio Cesar Chávez; al llegar a dicha vivienda, se tocó las puertas de lámina, saliendo un joven semidesnudo, posteriormente se tocó la puerta intermedio de la cual salió una señora identificándose los agentes a pesar de andar uniformados, procediendo posteriormente a leerles la orden y a identificar a dichas personas como Roberto Carlos Santos y Blanca Rubia Guardado. Al iniciar el registro se constató que era la casa descrita e investigada, posteriormente se le manifestó al señor Santos, que se fuera a poner ropa y al entrar a dicho dormitorio él tiro la ropa de cama como queriendo ocultar algo y al destaparla notaron que se encontraban en el piso varias porciones de sustancia sólida amarillenta al parecer crack, las cuales al practicarle la prueba de campo resultó positivo a base libre cocaína, también se encontraron dos porciones fragmentarias de la misma sustancia en el colchón de la cama, en la bolsa de un pantalón se encontró tres porciones de cocaína, en el mismo pantalón se encontró sesenta y cinco colones, continuando con el registro, encontraron también una porción mediana y tres porciones pequeñas de sustancia sólida amarillenta, por lo que al practicarle prueba de campo el técnico en identificación de drogas, estos dieron un resultado positivo a droga, cocaína en base libre, decomisándole también un celular marca LG, en el dormitorio continuo no se encontró nada o sea en el de la señora Rubia Guardado y en otro dormitorio continuo se encontró una bolsa plástica conteniendo porciones de sustancia sólida amarillenta, la cual era cocaína en base libre, siendo un total de treinta porciones, luego de terminado el registro se procede a manifestarle a los imputados que quedaran detenidos por el delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito de Droga.”

CUESTIONES INCIDENTALES:

En el transcurso de la Audiencia de Vista Pública, el Representante de la Defensa, interpuso como incidente el cambio de calificación jurídica del hecho acusado de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, previsto en el Artículo 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, al de Posesión y Tenencia, parte primera, previsto en el Artículo 37 de la referida Ley; advirtiendo el Tribunal de Sentencia, con base a los Artículos 344, 359 inciso 2º y 362 numeral 8º, todos del Código Procesal Penal, la posibilidad del cambio de calificación jurídica del hecho acusado al de Posesión y Tenencia, previsto en el Artículo 37 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las drogas.

DEL FALLO: Declárase RESPONSABLE PENALMENTE al señor Roberto Carlos Santos Guardado, por el delito de POSESIÓN Y TENENCIA, en perjuicio de la Salud Pública.

ANALISIS DE LA SENTENCIA P0901-96-2001

Encontramos dentro de esta sentencia cuestiones que merecen la pena ser tratadas directamente en el análisis de la misma, como es el caso de la existencia del delito.

En este hecho estamos ante la presencia de un concurso aparente de leyes, porque la conducta que ha realizado el sujeto puede contemplarse desde dos diferentes artículos de la Ley reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, situación que es advertida por el tribunal, dichos artículos son los siguientes:

- El Artículo 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, establece: "El que sin autorización legal **adquiriere**, enajenare a cualquier título, importare, exportare, depositare,

almacenare, transportare, distribuyere, suministrare, vendiere, expendiere o realizare cualquier otra actividad de tráfico, de semillas, hojas, plantas, florecencias, o las sustancias o productos que se mencionan en el Artículo 34, será sancionado con prisión de cinco a quince años”

- Artículo 37 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, regula: "El que sin autorización legal **posea** o tenga semillas, hojas, florecencias, plantas o parte de ellas, o drogas, a las que se refiere esta ley, **en cantidades que a juicio prudencial del Juez, sean presumiblemente comerciales...**, será sancionado con prisión de tres a seis años".
- Art. 37 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en la parte segunda se establece: "Si la tenencia es con el objeto de realizar cualquiera de las actividades señaladas en el Artículo anterior (36), la sanción será de seis a diez años".

Observamos que dentro de los verbos contenidos en el Art. 36 se encuentran: adquirir y almacenar, la conducta concreta es que al procesado se le encontró en su dormitorio, sobre una cama, en un pantalón y en el suelo, determinadas cantidades de droga. Este hecho en principio podría argumentarse que configura el verbo de adquirir y almacenar; sin embargo, la adquisición, comprende acreditar una conducta por regla general comisiva, a un momento preciso y determinado en el que el sujeto activo del delito consigue u obtiene cualquiera de las drogas existiendo toda una variedad de formas de como adquirirla, como puede ser desde la más simple como el hecho que "A", le entrega manualmente a "B", y por tanto "B", adquiere la droga, como puede darse la utilización de métodos más sofisticados, lo que interesa es que quede acreditado que se ha adquirido la droga para fines

de tráfico. En cuanto al almacenamiento, si bien es cierto el Legislador no describe qué cantidad se entenderá por almacenamiento, se desprende que requiere cantidades mayores a las que se le encontraron al detenido; Almacenar es más que tener; es tener una cantidad que excedería la que fuera necesaria para el uso personal o equivalente", por lo tanto queda descartada la posibilidad de adecuar la conducta al Art. 36.

Pasemos al Art. 37 en la primera parte, como podemos observar , el verbo rector es el de poseer, pero en cantidades que a criterio del juez sean presumiblemente comerciales, al respecto, es de señalar que de la droga incautada al procesado, se describe en el peritaje pertinente, la cantidad de 12.153 gramos de crack, y 1.789 gramos de cocaína clorhidrato, valorada la primera en dos mil seiscientos setenta y tres colones sesenta y seis centavos, y la segunda en trescientos noventa y tres colones cincuenta y ocho centavos, lo cual a criterio del Tribunal, es presumiblemente comerciable. Al respecto es de señalar que el comercio no solo se da en gran escala, sino desde el comercio informal hasta los grandes emporios, en ese sentido, la ley va buscando sancionar todo tipo de comercio de droga, por lo que para este caso en particular, las cantidades antes descritas, a criterio del Tribunal son comerciables en la escala mínima requerida. Es así que este Tribunal considera que la conducta acusada, encaja en esta disposición específica.

Por último, hay que examinar el Art. 37 que en su parte segunda establece criterios muy subjetivos al disponer que si la tenencia es con objeto de realizar las conductas del Art. 36, debe quedar lo suficientemente claro a que conducta iba encaminada la tenencia, circunstancia que puede establecerse con la confesión del incoado o a través de prueba indirecta que lleve inequívocamente a acreditar la conducta o modalidad en particular en forma clara y no a través de conjeturas; como lo es el caso que solamente por la realización de la

llamada telefónica que advirtió de la supuesta venta de droga, por lo que esta parte del artículo queda también descartada para adecuar la conducta.

Lo que podemos advertir de esta sentencia es que a la hora de calificar un hecho deben tomarse en cuenta cada una de las circunstancias que lo rodean, es de nuestra opinión que el principio utilizado es el de la subsidiariedad, puesto que al realizar un análisis más profundo de cada uno de los artículos que aparentemente regulaban el hecho, quedaba como el más adecuado el Art. 37 parte primera, llegamos a esta conclusión después del análisis realizado a cada uno de los tipos.

3. 0101-34-2002

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA, San Salvador, a las doce horas del día siete de mayo del año dos mil dos.

JUECES: María Consuelo Manzano Melgar, Alba Estela Zelaya Chévez y Delmy Yanira Choto de Contreras, presidida por la Licenciada María Consuelo Manzano Melgar.

IMPUTADO: Ricardo Ernesto Sánchez Martínez,

VICTIMA: Walter Alexander Martínez

DELITOS REQUERIDOS POR FISCALIA: Robo Agravado en Grado de Tentativa, Fabricación, Portación, Tenencia o Comercio de Armas de Fuego o Explosivos Caseros o Artesanales.

REPRESENTACIÓN FISCAL: Julio César Aguilar Zamora.

DEFENSA: Vicente Argueta Alvarenga.

Resumen de los hechos:

"El día trece de abril del año dos mil uno, como a eso de las catorce horas y treinta minutos el señor WALTER ALEXANDER MARTÍNEZ, se encontraba atendiendo su negocio de "Tiro al Blanco", el cual en esa fecha estaba ubicado en el parqueo de la Colonia Nueva Apopa de la ciudad de Apopa, cuando se acercó un sujeto quien le pidió que le diera tres colones, a lo que el señor Martínez accedió, como a los diez minutos más tarde el mismo sujeto volvió a su negocio esta vez armado con una escopeta hechiza y con ella amenazó al señor WALTER ALEXANDER MARTÍNEZ, y a su compañera de vida ZULMA MARITZA CABRERA GONZÁLEZ, quien se encontraba con su hija PAOLA BERENICE MARTÍNEZ CABRERA, de tan solo catorce meses de edad, el sujeto exclamaba al ofendido "hijueputa dame el pisto", "si llamas a la Policía te vengo a matar" y lo encañonó con la escopeta hechiza, al ver esta situación la señora CABRERA GONZÁLEZ, le entregó al imputado una bolsa en la que tenía monedas de diversas denominaciones, dinero producto del negocio, además de eso el indiciado les exigió que les entregaran dos rifles de aire que usan en el negocio para jugar "tiro al blanco", aquel sujeto revisó la bolsa y al ver que era poco el dinero, exigía le dieran más, por lo que la señor ZULMA MARITZA, atemorizada le pedía a su compañero de vida le diera todo el dinero que tuviera en la cartera, pero éste sólo tenía un dólar el cual también se lo entregaron al indiciado, luego el individuo los amenazó y se fue del lugar con el dinero y los rifles y su arma hechiza, inmediatamente el ofendido "arrancó el carro" y fue a dar aviso a la Policía Nacional Civil, dando las características del individuo e inmediatamente comenzaron la persecución, los policías en un carro y los ofendidos en otro, la policía iba adelante y ellos atrás, es que con la ayuda de los ciudadanos LUIS HENRÍQUEZ FLORES DÍAZ Y ELMER ISRAEL, los agentes policiales localizaron al imputado a quien le decomisaron dos rifles de aire, una escopeta hechiza, con un cartucho

doce milímetros, treinta y ocho colones con cincuenta centavos y dos dólares con treinta y un centavos de dólar, en el lugar las víctimas identificaron al indiciado y los objetos que les robaron, razón por la cual frente al pasaje siete poniente de la Colonia Nueva Apopa, de esa ciudad a las quince horas del día trece de abril del año dos mil uno, los agentes OSCAR ARMANDO PORTILLO ROMERO Y JULIO GERMAN GARCÍA procedieron a la detención del imputado, decomisándoles los objetos antes mencionados, los cuales éste había escondido en un microbús en el cual pretendía huir ya que llevaba viaje, pero estaba estacionado esperando pasajeros y fue cuando llegó la policía."

Cuestiones incidentales:

El Tribunal hizo advertencia de oficio, de conformidad al Art. 344 del Código Procesal Penal, con respecto al cambio de la calificación del delito de ROBO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA al de consumado y de FABRICACIÓN, PORTACIÓN, TENENCIA O COMERCIO DE ARMAS DE FUEGO O EXPLOSIVOS CASEROS O ARTESANALES, lo cual será resuelto en esta sentencia como Concurso Ideal o Real de Delitos.

La defensa solicitó la consunción del delito de FABRICACIÓN, PORTACIÓN O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO O EXPLOSIVOS CASEROS O ARTESANALES, en el delito de Robo Agravado Tentado.

Del delito de FABRICACIÓN, PORTACIÓN O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO O EXPLOSIVOS CASEROS O ARTESANALES:

Consiste en fabricar, portar, tener o comerciar de manera ilegítima, armas de fuego o explosivos caseros o artesanales.

En el presente caso, por medio del dicho de los testigos WALTER ALEXANDER MARTINEZ y ZULMA MARITZA CABRERA GONZALEZ, se ha comprobado que el imputado RICARDO ERNESTO SANCHEZ MARTINEZ el día del hecho portaba un arma de fuego que según experticia balística resultó ser de fabricación casera, el cual constituye el objeto material del delito tipo comentado, y además tal portación es ilegítima por cuanto no está permitido su portación conforme a la ley de Armas, encontrándose dicha arma fuera del control estatal.

Con todo lo dicho, se tiene que se han dado todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal en comento y que la conducta realizada por el imputado no sólo consistió en una simple portación que puso en peligro abstracto el bien jurídico vida e integridad física de la comunidad sino específicamente la integridad física y la vida de WALTER ALEXANDER MARTINEZ y ZULMA MARITZA CABRERA GONZALEZ, por cuanto dicha arma fue utilizada para intimidar a éstas, es decir fue utilizada como medio de violencia para la comisión del delito de Robo, lo cual evidencia un peligro concreto en la vida e integridad física de las víctimas mencionadas.

DEL DELITO DE ROBO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA:

En el presente caso se ha tenido por establecido que el imputado RICARDO ERNESTO SANCHEZ MARTINEZ sustrajo cosas muebles ajenas consistentes en dinero y dos rifles, utilizando violencia en sus poseedores, señor WALTER ALEXANDER MARTÍNEZ TORRES y la señora ZULMA MARITZA CABRERA GONZÁLEZ, la cual consistió en haber exhibido a éstos un arma de fuego casera que portaba, amenazándolos con causarles la muerte si no le entregaban lo que les exigía, logrando de tal manera, la decisión de las víctimas de entregar las cosas muebles exigidas, para ser trasladadas al patrimonio del imputado.

Con todo lo anterior se tiene que se ha comprobado el elemento violencia como medio de apoderamiento, violencia que tuvo lugar precisamente en el acto de realizar la sustracción de las cosas tal como lo describe el tipo penal de Robo, pues con tal violencia logro la intimidación de las víctimas y de esta manera el fin principal propuesto, cual fue el traslado de las cosas ajenas al patrimonio del imputado, infiriéndose el ánimo de lucro por parte del imputado, pues hubo un conocimiento aproximado sobre el aspecto esencial de su conducta y de sus efectos, es decir que el imputado sabía que aquel dinero y aquellas escopetas no le pertenecían y lógicamente si no se ha demostrado en juicio que por tal entrega mediara una contraprestación a cambio, el ánimo de lucro por parte del imputado se evidencia al tener éste la voluntad de aumentar su patrimonio con cosas que no le pertenecen.

En cuanto a la ejecución perfecta o imperfecta del hecho, se tiene que no obstante que el imputado logró sustraer del poder de las víctimas las cosas ajenas, no hubo por parte de éste disposición de las mismas, pues el imputado fue capturado en el momento que pretendía huir del lugar, abordo de un microbús, lugar en donde escondió bajo un asiento los objetos que acababa de robar, habiéndolo identificado la víctima WALTER ALEXANDER MARTINEZ, como la persona que hacía quince minutos aproximadamente les había despojado de las cosas que en ese momento reconoció como suyas, en tal sentido, al no haber logrado el imputado la disposición de las cosas robadas, por la oportuna denuncia de la víctima e intervención policial de los agentes del novecientos once que impidieran que el imputado huyera con los objetos robados; siendo ésta una causa ajena de la voluntad del imputado; por lo que el delito de Robo no se perfeccionó, quedando en grado de tentativa, tal como lo establece el Art. 24 del Código Procesal Penal.

DE LA APLICACIÓN DEL CONCURSO APARENTE DE LEYES:

En el presente caso conforme se ha relacionado en los hechos probados, el señor RICARDO ERNESTO SANCHEZ MARTINEZ, se apodero de dos rifles de aire, así como de una cantidad de monedas de diversas denominaciones, utilizando un arma hechiza lo cual se ha constatado tanto con la prueba testimonial como pericial desfilada en la vista pública, coligiéndose de los elementos probatorios aportados que existió una unidad en la acción por parte del sujeto activo, consumándose así los delitos de FABRICACIÓN, PORTACIÓN, TENENCIA O COMERCIO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO O EXPLOSIVOS CASEROS O ARTESANALES, Art. 346-A C.P. y Robo Agravado Tentado Arts. 212 y 213 No 3 y Art. 24 del Código Penal, por lo que conforme se ha relacionado en esta sentencia anteriormente, estamos en presencia de un CONCURSO APARENTE DE LEYES Art. 7 C.P., lo cual se debe tomar en cuenta para la adecuación de la pena.

En el Concurso Aparente de Leyes se tiene como presupuesto que un hecho es incluíble en varios preceptos penales de los que solo uno puede aplicarse. Con la implementación de las reglas del Concurso Aparente de Leyes como Política Criminal se pretende imponer una pena única al sujeto activo, evitando así una incriminación repetida del mismo hecho.

En el presente caso por ser el delito de Robo Agravado Tentado, un tipo penal más amplio en el cual queda incluido el juicio de reproche del delito de FABRICACIÓN, PORTACIÓN, TENENCIA O COMERCIO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO O EXPLOSIVOS CASEROS O ARTESANALES atendiendo el principio de consunción se aplicará al responsable la pena que le correspondería por el delito de ROBO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA, lo cual se tomara en cuenta por este Tribunal para la determinación de la pena aplicable para el presente caso.

DEL FALLO:

I. SE DECLARA AUTOR DIRECTO Y RESPONSABLE AL SEÑOR RICARDO ERNESTO SANCHEZ MARTINEZ, de las generales antes expresadas, en su calidad de AUTOR DIRECTO del DELITO **DE ROBO AGRAVADO TENTADO**, en perjuicio patrimonial del señor WALTER ALEXANDER MARTINEZ TORRES; en consecuencia CONDÉNASELE a la pena privativa de libertad de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, quien por encontrarse privado de su libertad desde el día TRECE de ABRIL del año DOS MIL UNO, cumplirá la pena en su totalidad el día DOCE de ABRIL del año DOS MIL CINCO. II. CONDÉNASE como pena accesoria a la pérdida de los derechos de ciudadano durante el tiempo que dure la pena de prisión. III. CONDÉNASE AL SEÑOR RICARDO ERNESTO SANCHEZ MARTINEZ, a pagar en concepto de responsabilidad civil cantidad de UN MIL COLONES, al señor WALTER ALEXANDER MARTINEZ TORRES; por los perjuicios y daño psicológico ocasionados; IV. SE LE ABSUELVE DEL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES las cuales correrán a cargo de la República de El Salvador. V. Habiendo recaído una sentencia condenatoria existe más el riesgo de fuga del imputado, así como no se han modificado las condiciones por las cuales se decretó la medida cautelar de privación de libertad, por lo que continúe el imputado antes relacionado en las medida cautelar privativa de libertad, en la cual se encuentra en el Centro Penal respectivo; en tanto no quede firme esta sentencia. Líbrense los oficios correspondientes al Juzgado Primero de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena de esta ciudad. De no interponerse recurso alguno oportunamente, esta Sentencia quedará firme y ejecutoriada de acuerdo al Artículo 133 del Código Procesal Penal. VI. DEVUÉLVASE la cantidad de TREINTA Y OCHO COLONES CON CINCUENTA CENTAVOS DE COLON, Y DOS DÓLARES CON TREINTA CENTAVOS DE DÓLAR al señor WALTER ALEXANDER MARTINEZ

TORRES. VII. ORDÉNASE LA DESTRUCCIÓN en su oportunidad, del arma hechiza de fabricación casera puesta a la orden de este Tribunal en concepto de decomiso y al efecto líbrese el oficio correspondiente. En su momento archívense las presentes diligencias. Quedando notificadas las partes presentes en legal forma mediante la lectura íntegra de esta Sentencia.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 0101-34-2002.

Hemos de comenzar el análisis de esta sentencia, partiendo del punto de la calificación jurídica del hecho: primeramente tenemos la calificación que hace la Fiscalía: que es la de un Robo Agravado en grado de Tentativa y la Fabricación, Portación, Tenencia o Comercio Ilegal de armas de Fuego o Explosivos Caseros o Artesanales.

Ciertamente el hecho, puede ser enmarcado dentro de los dos tipos arriba descritos, ya que el sujeto portaba un arma ilegalmente y luego procedió a realizar el delito de robo, con la agravante descrita en el numeral 3 del Art. 213 Del código Penal.

¿Concurso ideal, o aparente de leyes?

Como se planteo al momento de abordar los límites distintivos entre el concurso de leyes y el concurso ideal, podría decirse que teóricamente la distinción es sencilla: en el concurso ideal las conductas si concurren es decir su aplicación simultánea es necesaria para que cubrir el desvalor del hecho cometido. Surge en la práctica el problema de delimitar esta situación. En el presente caso tenemos que el sujeto realizó una conducta regulada en nuestro Código Penal por dos artículos, cada uno de ellos protege un bien jurídico de manera diferente.

En el caso del robo, en un primer momento el bien jurídico protegido es el patrimonio del individuo, es por ello que se encuentra dentro del título de los delitos relativos a la propiedad, pero tal y como se establece en la sentencia la agravante de la utilización de armas de fuego, lo convierte en un delito pluriofensivo, es decir que la ejecución de dicho delito vulnera varios bienes jurídicos tutelados en nuestro ordenamiento penal: el patrimonio, la integridad física y psicológica y la vida de la persona.

El delito de tenencia o portación de armas, protege la paz pública, pero en un grado abstracto, pues éstas son fabricadas con la específica finalidad de lesionar o quitar la vida y, por tanto, potencialmente peligrosos para bienes jurídicos de mayor entidad como son la integridad física y la vida de las personas que conforman la comunidad.

Vemos entonces que estos dos delitos están protegiendo los mismos bienes jurídicos, pero en niveles diferentes, por un lado tenemos el robo agravado, que precisamente por tener esta agravación especial, protege de manera directa y más concreta el bien jurídico tutelado por la tenencia y portación de armas que es el daño a la integridad física o la vida de la persona.

Tenemos entonces que el delito de robo agravado, prevé circunstancias comprendidas en la conducta de fabricación, portación, tenencia o comercio ilegal de armas de fuego o explosivos caseros o artesanales; ya que la conducta típica del imputado encaja en el tipo penal del delito de robo agravado en su artículo 213 numeral 3º del Código Penal, por cuanto el delito de robo agravado describe un accionar más amplio, es decir que, la utilización de un arma de fuego implica necesariamente su tenencia o portación, en tal sentido, el juicio de reproche plasmado en el delito de fabricación, portación, tenencia o comercio ilegal de armas de

fuego o explosivos caseros o artesanales, ha quedado consumado en el delito de robo agravado Art. 213 N° 3 del Código Penal.

Es por ello que al estar en presencia de estas dos normas que protegen el mismo bien jurídico, no puede establecerse que exista un concurso ideal de delitos, ni siquiera un concurso medial, ya que no pueden concurrir, debido a los elementos que ya establecimos pues uno de ellos engloba al otro, siendo suficiente el tipo del robo agravado para cubrir en su totalidad el hecho cometido.

Pensemos que el robo no poseyera la agravante del arma de fuego, entonces si estaríamos en presencia del concurso ideal, ya que sería necesario el delito de tenencia o portación de arma de fuego para reprochar en su totalidad la conducta.

Respecto de la actuación de las partes, es evidente que la representación fiscal no analizó con detenimiento el hecho, pues hubiera advertido que bastaba con calificar el hecho de robo agravado.

Por otra parte al llegar al momento de plantear los incidentes, la defensa no lo alego, como también es posible advertir que el hecho llego al tribunal de sentencia calificado bajo los dos preceptos, creemos que debió de ser observado por el juez de paz o por el juez de instrucción, en su debido momento.

3. 1301-94-2003

TRIBUNAL DE SENTENCIA, San Vicente, a las catorce horas con cincuenta minutos del día veintinueve de septiembre de dos mil tres.

JUECES: María Eugenia Hernández de Guzmán, Juan Antonio Durán Ramírez y Aída Castaneda de Flores,

IMPUTADO: Kevin Orlando Pacheco

VICTIMA: José Dolores López González,

DELITOS REQUERIDOS POR FISCALIA: Homicidio Simple, Art. 128 del C.Pn, y Tenencia, Portación o Conducción Ilegal de Armas de Fuego, Art. 346-B del C. Pn

REPRESENTACIÓN FISCAL: Mario González Ventura y Eduardo Figueroa Zaldaña,

DEFENSA: Doris Anabell Gutiérrez Ramos.

Resumen de los hechos:

“El día Domingo treinta de junio del dos mil dos, como a eso de las catorce horas con quince minutos, el joven OSCAR ARMANDO GARCÍA, se encontraba frente a un molino el cual es propiedad del señor Hermógenes Cornejo, el cual está ubicado en el Caserío Puente Cuscatlán, Cantón San Lorenzo, Jurisdicción de San Ildefonso, Departamento de San Vicente, se encontraba en compañía de su tío JOSE DOLORES LOPEZ, quienes estaban sentados en unas piedras a la orilla de la carretera pavimentada, la cual conduce a San Ildefonso, en ese momento enfrente de ellos pasó un carro blanco con franjas verdes a los costados vidrios claros, el cual iba con rumbo de Poniente a Oriente, como queriendo buscar la calle que conduce a San Ildefonso, por lo que este mismo carro el cual era un Pick UP, regresaba como a los cinco minutos después con rumbo en donde estaban Oscar Armando García y José Dolores López, por lo que dicho Pick up venia despacio y pasó enfrente de ellos, observando solamente a dos sujetos, al que manejaba y el acompañante, a quienes no conoció Oscar Armando García, dándose el caso que como a los cinco minutos después venía de regreso al mismo Pick up, pasando nuevamente enfrente de ellos y los sujetos que iban adentro del Pick up no los volvieron a ver a ellos, pero en esta vez

pasaron más rápido, por lo que José Dolores López le dijo a Oscar Armando García, que sí ya conocía a los sujetos de dicho Pick Up, contestándole que no por lo que ellos siguieron platicando, pero regreso el Pick Up, fue que José Dolores López le dijo a José Armando García, "Mira ahí vienen de regreso los del Pick Up, ponete trucho", por lo que el Pick Up venía un poco rápido y cuando iba como a diez metros antes de llegar a donde estaban ellos sentados el conductor del Pick Up, bajo la velocidad, diciendo nuevamente José Dolores López, "Mira van a parar", en esos momentos este estaba sentado a una distancia de un metro de Oscar Armando García, fue que el Pick Up blanco con franjas verdes a los costados, paró enfrente de ellos a una distancia de dos metros aproximadamente en esos momentos un tercer sujeto el cual iba entre el conductor y el acompañante que iba pegado a la otra puerta, el cual iba agachado levantó la cara y les apunto con un arma de fuego a JOSE DOLORES LOPEZ y OSCAR ARMANDO GARCÍA, y les realizó el primer disparo el cual no le pegó a nadie, cayendo el disparo en un vehículo color blanco, el cual estaba estacionado detrás de las víctimas, en esos momentos del disparo Oscar Armando García se agacho y José Dolores López se quiso tirar a una quebrada, pero no pudo porque se trabó en una piedra, fue que el sujeto del vehículo siguió disparando, realizando como seis disparos pero Oscar Armando García cuando el sujeto sacó el arma lo conoció y era un individuo que conoce con el nombre de QUEBIN ORLANDO PACHECO y después en el vehículo que se conducía salió a una velocidad rápida con rumbo de Oriente a Poniente, por lo que JOSE DOLORES LÓPEZ se corrió para atrás buscando una casa que está cerca de ese lugar, y fue que Oscar Armando García se le acercó a José Dolores López y éste le preguntó "Mira Chingo te jodieron" lo que contesto Oscar Armando García de que no y Dolores le dijo "sí a mi me hicieron mierda", y le enseñó el pecho donde le salía bastante sangre, por lo que Oscar Armando le observó un orificio cerca de la clavícula preguntándole José Dolores "mira Chingo lo conociste", contestándole Oscar Armando

García de que sí, y Dolores le dijo: "Mira, fue el negro de la pacharaca" (refiriéndose a un tractor cargador) en esos momentos consiguieron un carro en el cual lo trajeron a la Galera y de ese lugar en una ambulancia hasta el Hospital de San Vicente, pero por la gravedad en que se encontraba José Dolores López lo trasladaron al Hospital Rosales de San Salvador, lugar en donde quedó ingresado, falleciendo el día domingo siete de julio del presente año, a consecuencia de los disparos.

Cuestiones incidentales:

Por parte de la representación fiscal, se planteo el cambio de calificación jurídica del delito de homicidio simple a Homicidio agravado, en relación con las agravantes generales del Art.30 del Código Penal, Alevosía y Premeditación.

DEL DELITO DE HOMICIDIO AGRAVADO:

El delito de **Homicidio agravado** atribuido al acusado Kevin Orlando Pacheco, se encuentra tipificado y sancionado en el tipo básico de Homicidio simple, descrito en el Art. 128 del Código Penal, que dice: "*El que matare a otro será sancionado con prisión de diez a veinte años*"; en relación con el Art. 129 del Código Penal que dice "*Se considera homicidio agravado el cometido con alguna de las circunstancias siguientes: (...) 3) Con alevosía, premeditación, o con abuso de superioridad;*"

En cuanto al delito de Homicidio agravado consiste en la acción de matar a otro. El tipo penal tiene un *tipo objetivo* que está integrado por elementos descriptivos y normativos, y elementos genéricos y específicos.

Dentro de los elementos descriptivos genéricos, tenemos los relativos al sujeto activo y pasivo, que necesariamente deben ser personas humanas.

La acción consistente en realizar una acción o una serie de acciones idóneas y adecuadas con el fin de matar a otra persona, la que se puede producir en forma inmediata o produciendo un resultado que sea la causa de la muerte. El resultado consiste en que se produzca la muerte de la persona, debiendo existir un nexo causal -natural y valorativo- entre la acción de matar y el resultado muerte producido. Es parte del tipo objetivo además, la circunstancia agravante del delito de Homicidio, pues la forma, modo y circunstancias en que la acción fue realizada se ha establecido que se hizo con *alevosía*, es decir, aprovechándose de la indefensión de la víctima; y con *premeditación*, pues el sujeto activo planeó con anticipación necesaria, reflexiva y persistente, la realización del delito. El *tipo subjetivo* del delito de Homicidio agravado es un tipo de comisión dolosa, que consiste en que esa acción está integrada por elementos cognoscitivos (el saber que se mata a otro) y volitivo (la voluntad de querer matar a otro), que integran lo que en dogmática penal constituye el dolo natural o dolo avalorado.

En el presente caso tenemos que Kevin Orlando Pacheco, como autor del hecho junto a otras tres personas, con fin de privarle la vida a la víctima, conoce que su acción pueden provocar la muerte de José Dolores López González, y quiere provocarlas, llevando a cabo todos los actos de ejecución con esa finalidad, habiendo realizado una serie de acciones previas de reconocimiento e identificación de la víctima, tal como lo dijo el acompañante de la víctima, al pasar una, otra y otra vez en el vehículo color blanco con franjas verde claras, ir escondido entre el conducto y el pasajero, y que al reducir la marcha el pick up salió del ocultamiento en que venía y ejecutó los disparos sobre su víctima, e incluso puso en peligro serio y grave al testigo y sobrino de la víctima, produciéndose el resultado muerte en la víctima.

Por lo tanto, a juicio del Tribunal, se han establecido los elementos del tipo penal, descritos en el Art. 129 número 3 del CP, el delito de Homicidio Agravado en José Dolores López González, es típico, se adecua al hecho descrito en el tipo legal.

DEL DELITO DE TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO.

En cuanto al delito de **Tenencia, portación o conducción ilegal de armas de fuego**, tipificado en el Art. 346-B del CP, que dice: *"El que tuviere, portare o condujere una arma de fuego sin licencia para su uso o matrícula correspondiente de la autoridad competente, será sancionado con prisión de tres a cinco años. Si el tenedor, portador o conductor reincidiere, o tuviere antecedentes penales vigentes, será sancionado con prisión de cinco a ocho años."*

Se trata de un delito cuyo bien jurídico protegido es la Seguridad Colectiva, la cual es puesta en peligro cuando el arma de fuego, diseñado para herir o matar, es decir que potencialmente representa un peligro para los bienes jurídicos de mayor entidad, están en poder de personas al margen de la regulación o control estatal. Se tiene además que el sujeto activo puede ser cualquier persona natural que incumpla las normas reguladoras de la tenencia, portación o conducción ilegal de armas de fuego y el sujeto pasivo es la comunidad, que es la titular de la seguridad, siendo la conducta típica la tenencia, portación o conducción de un arma de fuego, sin su respectiva autorización.

DE LA APLICACIÓN DEL CONCURSO APARENTE DE LEYES:

La **Tenencia, portación o conducción ilegal de armas de fuego** se trata de un acto co-penado, que conforme a la regla prescrita en el Art. 7

número 3 del Código Penal que regula el **Concurso aparente de leyes**, el precepto penal complejo absorberá a los preceptos que sancionan las infracciones consumidas en aquél, por lo que a juicio de este Tribunal, esta acción está subsumida en el delito de Homicidio agravado, dado el medio empleado –el arma de fuego- se encuentra subsumida dentro de la circunstancia agravante atribuida al acusado.

DEL FALLO:

a) DECLÁRASE CULPABLE al señor **QUEBIN ORLANDO PACHECO**, de generales antes relacionadas, como autor directo del delito de Homicidio Agravado, tipificado y sancionado en el Art. 128 del Código Penal, en perjuicio de la vida del señor **JOSÉ DOLORES LÓPEZ GONZÁLEZ**, hecho ocurrido como a eso de las catorce horas con quince minutos del día treinta de junio de dos mil dos, en el Caserío Puente Cuscatlán, Cantón San Lorenzo, de la Jurisdicción de San Ildefonso, Departamento de San Vicente.

b) ABSUÉLVESE al señor **QUEBIN ORLANDO PACHECO**, de generales antes descritas, como autor del delito de Tenencia, Portación o Conducción ilegal de armas de fuego, de conformidad al Art. 7 No. 3), que establece que el precepto penal complejo absorberá a los preceptos que sancionan las infracciones consumidas en aquel.

c) CONDÉNASE al señor **QUEBIN ORLANDO PACHECO**, a cumplir la pena principal de **TREINTA AÑOS DE PRISION**, por el delito de Homicidio Agravado, en perjuicio de la Vida del señor **JOSÉ DOLORES LÓPEZ GONZÁLEZ**.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 1301-94-2003

En esta sentencia podemos apreciar que hay un tipo de actos, los llamados co-penados, que entran en las reglas establecidas por el concurso aparente de leyes, específicamente con el principio de consunción.

No existe mucha fundamentación teórica en la sentencia acerca de la definición de los actos copenados, por lo que nos corresponde a nosotros explicar que son estos denominados actos.

Según la doctrina, existen ocasiones en que hay dos acciones penalmente relevantes, las cuales se relacionan de tal modo que una de ellas no es punible porque la otra, posterior contiene todo el injusto de la primera, la primera se denomina hecho previo impune⁷³, porque es con relación al hecho posterior que debe apreciarse todo el peso y desvalor del hecho punible total.

Para que exista esta relación entre las dos acciones se requieren tres condiciones:

1. La presencia de dos acciones que se desarrollen sucesivamente en orden cronológico.
2. Que estas acciones representen diferentes grados o estadios de ofensa a un mismo bien jurídico.
3. Que se encuentren en relación de medio a fin⁷⁴.

⁷³ Existen los hechos posteriores impunes, los cuales son explicados en los anexos de la presente investigación, forman también parte de los actos copenados.

⁷⁴ Castillo González Francisco, Op. Cit. Pág. 50.

Como puede verse, a la luz de esta doctrina podemos establecer que la utilización del arma de fuego, en el presente caso era completamente necesaria para poder realizar el homicidio de la forma en que este se consuma. Ahora bien, el delito de tenencia o portación de arma de fuego protege el bien jurídico de la seguridad colectiva, y en modo abstracto la vida y la integridad física de las personas, por ende protege en menor grado la vida, bien jurídico directamente, y de forma más concreta, protegido por el homicidio. Por lo que al analizar los actos vemos que cumplen a cabalidad con las tres condiciones expuestas y por ello el delito de la tenencia y portación del arma de fuego queda comprendido en el de homicidio, siendo juntamente penado por el último, de ahí que reciba el nombre de acto copenado.

4. 0901-37-2005

TRIBUNAL DE SENTENCIA: Chalatenango, a las nueve horas del día veinte de abril del dos mil cinco.

JUECES: Licenciados Ramiro Augusto Gallegos Echeverría, Morena Concepción Laínez de Romero y Ana Elizabeth Argueta de Martínez

IMPUTADO: Nelson Trujillo Menjivar, Walter Alexander Flores Barrientos

VICTIMA:

DELITOS REQUERIDOS POR FISCALIA: Robo Agravado (Art. 212, 213 Num 2 Y 3 Pn), Tenencia, Portación o Conducción Ilegal de Armas De Fuego (Art. 346-B) y Asociaciones Ilícitas (Artículo 345 del Código Penal)

REPRESENTACION FISCAL: Licenciados Osmín Higinio Marroquín y Mario Aparicio Urías

DEFENSA: Licenciada Alba Orbelina Reyes

Resumen De Los Hechos:

“El día uno de octubre del año dos mil tres, como a eso de las doce horas y treinta minutos, en ocasión en que el agente Gabriel Arcángel Ponce Cruz, se encontraba en la Sub-delegación de la Policía Nacional Civil de Nueva Concepción, recibió una llamada telefónica de una persona del sexo femenino, quien no se identificó y hablaba en forma nerviosa, expresando únicamente que llamaba de la Comercial La Nueva, Nueva Concepción, sosteniendo que en esos momentos se estaba llevando a cabo un asalto, quien inmediatamente dejó de hablar y cortó la comunicación, ante lo cual el referido agente Gabriel Arcángel Ponce Cruz, en compañía del agente Juan Antonio Orellana Landaverde, salieron a verificar la situación al lugar de los hechos, comunicándose también con la patrulla de turno e informando lo sucedido, y al llegar al lugar encontraron a los testigos Carlos Menjivar Miranda y Mirna Marlene Ramos, quienes expresaron que eran tres sujetos los que habían saltado la comercial La Nueva, los cuales habían huido a bordo de un pick-up, color negro, con destino al desvío de Amayo, por lo que los referidos agentes, coordinaron vía radial, con personal del puesto Policial de El Coyolito, a fin de que establecieran un control vehicular a la altura del desvío de Amayo y al mismo tiempo se dirigieron en el vehículo siguiendo el mismo rumbo que habían agarrado los sujetos, minutos después fueron informados que el personal policial que se encontraba estableciendo un control vehicular a la altura del Caserío Las Cañas, sobre la calle que de Nueva Concepción conduce al desvío de Amayo, habiendo interceptado un pick up con las características anteriormente descritas, en el que se conducían tres sujetos y al llegar al lugar observaron que efectivamente tenían detenido un vehículo con los sujetos, por lo que iniciaron un registro minucioso al vehículo en el que se conducían, encontrando detrás de la casetera del mismo, en el fondo, dos armas de fuego, una tipo pistola, calibre 9 milímetros, marca glock, modelo 919, sin número de

serie, pavón negro, cacha de caucho color negro, con un cargador y siete cartuchos para la misma, calibre 9 milímetros; y un revólver calibre 38 milímetros, marca taurus, serie número VH968230, pavón negro, cacha de madera color café, con seis cartuchos para la misma, calibre 38 mm, en esos momentos pasaba por el lugar la víctima que iba con destino a la ciudad de aguilares, quien detuvo su marcha, manifestando que el primer imputado fue quien le apuntó con un arma de fuego en la frente, gritándole que era un asalto y que al mismo tiempo le arrebató una cadena que tenía en el cuello y posteriormente se dirigió hacia las gavetas en busca de dinero, sosteniendo que dicho sujeto se hacía acompañar de otros dos sujetos que eran los que estaban detenidos, por todas las razones anteriormente expresadas se les hizo saber que quedaban detenidos como a eso de las trece horas y veinte minutos. Quedando en calidad de secuestro las dos armas de fuego anteriormente relacionadas; un vehículo tipo pick up, marca Nissan, color negro, año 1987, placas P-434-408, tarjeta de circulación a nombre de Máximo Hernández Buruca; llave de encendido con control remoto y tres llaves más; una licencia de conducir número 1414-100475-101-1, a nombre de Miguel Ángel Buruca Melgares, tres celulares, uno marca Motorola, color gris, serie no visible, decomisado al segundo de los imputados; otro celular marca Motorola, serie no visible, color gris oscuro; un reloj, color amarillo, marca citizen, decomisados al primer imputado; y un tercer celular marca Motorola, color gris con una franja color negra a los lados, serie no visible. Consta en las diligencias de investigación practicadas certificación de denuncia de robo de armas de fuego, emitida por la Dirección de Logística del Ministerio de la Defensa Nacional donde constar que el arma de fuego tipo revólver, marca taurus, calibre 38 especial, serie VH968230, decomisada al imputado es **producto del delito de robo**, en perjuicio del señor a quien por razones de seguridad y amparo del régimen especial de protección de testigos se le ha asignado

e identificado con el seudónimo "DELTA", cuya entrevista corre agregada a las diligencias.”

INCIDENTES:

La defensa planteo el incidente de aplicar el Concurso Aparente de Leyes y así subsumir el Delito de Asociaciones Ilícitas en el delito de Robo Agravado.

DEL CONCURSO APARENTE DE LEYES:

Los jueces decidieron dar no a lugar el incidente planteado por la Defensa, ellos llegaron a la Conclusión que hay Concurso Aparente de Leyes específicamente el Principio de Consunción en el sentido que el delito de Robo Agravado subsume al delito de Tenencia, Portación, conducción ilegal de armas de fuego, por lo que únicamente iban a conocer sobre el delito de Robo agravado y Asociaciones Ilícitas.

ANALISIS DE LA SENTENCIA 0901-37-2005

De esta sentencia se puede decir que la parte que participo como Defensa tenía poco conocimiento de la figura debido a que planteo el incidente de aplicar el concurso aparente de leyes pero en los delitos de Robo Agravado y de Asociaciones ilícitas, nos imaginamos que en el sentido de que el delito de Asociaciones Ilícitas para que se configure por decirlo así se necesitan de dos o más personas para cometer un ilícito penal, igual una de las agravantes del Robo Agravado es que sea cometido por dos o más personas, pero quizás la defensa no se percato que también una de las agravantes de dicho delito es que se utilice un arma de fuego para el cometimiento del delito, por lo que le salía mucho más factible haber dicho que se aplicara un concurso Aparente de Leyes respecto del delito de Robo agravado y de Tenencia, Portación o conducción ilegal de arma de fuego, ya que como establecimos

anteriormente es una de las cuestiones que se toman en cuenta para que sea tipificado como Robo agravado es que sea cometido por dos o más personas y que estas usen un arma de fuego.

Por lo que queda evidenciado que hay poco conocimiento de esta figura y que quizás lo piden por el solo hecho de pedirlo sin saber a ciencia cierta si es correcto lo que están pidiendo y más aun si es favorable para el o los imputados.

Al final a los imputados se les absolvió por el delito de Asociaciones ilícitas por el hecho de que Fiscalía no ofreció medios probatorios para comprobar los elementos de tal delito.

Se hace mención al libro de Jorge Frías Caballero y otros el cual menciona que se conoce como **concurso de leyes**, y como "Concurso **aparente** de Leyes o de Delitos";..."uno de los tipos que constituye el concurso, desplaza y substituye inexorablemente al otro"... "Existe pues, un único delito a pesar de la porfía de diferentes leyes (tipos) por apoderarse de un mismo hecho"... "d) Principio de Consunción existe consunción en el concurso de tipos cuando uno de ellos es de más amplio alcance, desde el punto de vista valorativo, que los demás. En tal situación, el disvalor delictivo mayor consume y desplaza al tipo delictivo de menor valor",..."Dentro de este principio se encuentran ciertas categorías, como los delitos complejos o compuestos".-"en todos los casos la imputación separada de los dos hechos violaría el Principio Non bis in ídem, que prohíbe sancionar dos veces la misma conducta.". Podemos mencionar también que el Robo Agravado es un delito complejo por los diferentes actos que el sujeto realiza para el cometimiento del mismo.

La valoración hecha por los jueces nos parece la indicada ya que sí aplicaron de forma correcta la figura del Concurso Aparente de leyes, por lo que se ve que tiene conocimiento de dicha figura, y es algo que tiene que ser así debido a que ellos son las personas de las que dependen todas aquellas que son juzgadas por los delitos que hayan cometido, y como tal tienen que estar sabedoras de las leyes para no cometer violaciones a principios como el Non bis in ídem y de proporcionalidad de la pena.

5. 0901-100-2007

TRIBUNAL DE SENTENCIA: CHALATENANGO, a las nueve horas diez minutos del día seis de diciembre de dos mil siete.

JUECES: Doctor José Álvaro Solano Solano y Licenciados Fredy Leonel Peñate Peñate y Ana Elizabeth Argueta

IMPUTADO: Carlos Rodríguez Campos, Eduardo Arturo Cazun Marroquín, y Jorge Alexander Oliva Escalante

VICTIMA: Elmer Wilfredo Erazo y La Paz Pública.

DELITOS REQUERIDOS POR FISCALIA: Robo Agravado, Tenencia, Portación o Conducción Ilegal o Irresponsable de Armas de Fuego

REPRESENTACIÓN FISCAL: Licenciada Jenny Lourdes Rodríguez Andrade

DEFENSA: Licenciado José Rolando Aparicio Solórzano y como Defensor Público Licenciado Pedro Antonio Torres Perdomo

Resumen de los hechos:

“Como a eso de las doce horas del día nueve de diciembre del año dos mil seis, los agentes Julio César Flores Lozano y José Antonio Díaz Monteagudo, destacados temporalmente en la base de la Policía Rural, ubicada en Caserío Metayate, Cantón Las Cañas, Municipio de La Reina,

Chalatenango, procedieron a la detención de los imputados CARLOS RODRÍGUEZ CAMPOS Y EDUARDO ARTURO CAZUN MARROQUIN, en el Caserío Agua Zarca, Municipio de Agua Caliente, Chalatenango, por los delitos de ROBO AGRAVADO, AGRUPACIONES ILICITAS Y TENENCIA, PORTACION O CONDUCCIÓN ILEGAL E IRRESPONSABLE DE ARMAS DE FUEGO, en perjuicio del señor Elmer Wilfredo Erazo Vásquez y La Paz Pública, en virtud que como a eso de las once horas con cincuenta y cinco minutos del mismo día fueron alertados por parte de la voz pública que minutos antes sujetos en dos vehículos, uno color amarillo y otro color verde, habían cometido un robo en la Fabrica de concentrados, ubicada en la entrada del Municipio de Agua Caliente, por lo que de inmediato los captores salieron a poner un control vehicular en el lugar antes mencionado, observando que venían dos vehículos en el lugar antes mencionado, observando que venían dos vehículos haciéndoles la señal de alto, acatando la señal únicamente el vehículo color amarillo placas particular 220-426 tipo automóvil, marca Toyota, modelo Tercel, año 1982, siendo que en su interior se conducían los mencionados imputados, dándose a la fuga el vehículo color verde, observando los agentes otro vehículo gris que venía en persecución de los mismos, estacionándose y bajándose de su interior el señor Elmer Wilfredo Erazo Vásquez quien manifestó que él era el ofendido y que efectivamente ese vehículo y los que lo abordaban eran los que a eso de las once horas con cuarenta minutos se habían introducido con armas de fuego a la fábrica y habían robado dinero y el vehículo verde y sus tripulantes que iban adelante también habían participado, por lo que procedieron a realizarles una requisita personal a los sujetos encontrándole al primero en su poder a la altura de su cintura una bolsa de lona color celeste marca Levis, conteniendo en su interior la cantidad de cuatro mil sesenta y cuatro dólares en efectivo y avisaron de inmediato por teléfono a la base de la Policía Rural para que interceptaran al vehículo que se dio a la fuga y fue en ese momento que le manifestaron a las dos personas

quienes fueron identificados con los nombres de Carlos Rodríguez Campos y Eduardo Arturo Cazún Marroquín que quedarían detenidos por los delitos antes mencionados, haciéndoles saber los derechos y garantías que la ley les confiere; asimismo procedieron al secuestro del vehículo descrito, tarjeta de circulación, llaves de encendido, un teléfono celular marca Motorola color celeste, un bolso de lona color celeste conteniendo en su interior cincuenta y dos billetes de diez dólares, ciento setenta y cuatro billetes de veinte dólares, diez billetes de cinco dólares y catorce billetes de un dólar. De igual forma los agentes Walter Orlando Mejía Martínez y José Manuel Dubón Echeverría, también destacados en la misma base de la Policía Rural, detuvieron en flagrancia al imputado JORGE ALEXANDER OLIVA ESCALANTE, a las doce horas con treinta minutos del mismo día en el Caserío Las Cañas del Municipio de La Reina, Chalatenango, por los mismos delitos y en perjuicio de las mismas víctimas anteriormente referidas, ya que dicho imputado se conducía en un vehículo verde, marca Honda Civil, año mil novecientos noventa y dos junto a una mujer, en virtud de haber sido informados vía radial que los mismos habían participado en el robo en la fábrica de concentrados del Municipio de Agua Caliente, siendo el caso que a dicho vehículo se le explotó la llanta delantera al momento que los agentes policiales le daban persecución, por lo cual se detuvo, dándose a la fuga la mujer de apariencia joven, quedándose en el interior únicamente el imputado quien fue identificado con el nombre de Jorge Alexander Oliva Escalante, procediendo a realizarle una requisita al vehículo encontrando en su interior tres armas de fuego con las que había cometido el robo, una licencia y DUI de la señora que se había dado a la fuga, presentándose al lugar el ofendido quien manifestó que ese sujeto había participado en el robo, procediendo de inmediato a su detención, haciéndole saber el motivo de la misma y los derechos y garantías que la ley le confiere; secuestrándole a este último imputado el vehículo color verde, marca Honda Civil, año mil novecientos noventa y dos, llaves de encendido y

tarjeta de circulación, licencia de conducir, NIT y DUI a nombre de Claudia María Núñez Figueroa, un teléfono marca Motorola, modelo V tres, tres armas de fuego de las características siguientes: La Primera una pistola marca Colt, serie tres tres ocho siete guión F, pavón negro, calibre veintidós milímetros, con un cargador y cinco cartuchos para la misma, la cual le fue robada a la víctima; la segunda una pistola marca ilegible, serie ilegible, calibre no determinado, un cargador y cuatro cartuchos para la misma, la tercera calibre tres cincuenta y siete Magnum, pavón niquelada en mal estado tipo revólver, cuatro cartuchos y uno percutido, serie ocho dos tres cuatro cuatro. Dándose el caso que según entrevistas de víctimas y testigos, los hechos ocurrieron de la forma siguiente: Que el día nueve de diciembre de dos mil seis, como a las once horas con cuarenta minutos, en momentos que la señora Deysi Victoria Vásquez de Erazo, compañera de vida de la víctima, la empleada María del Carmen Maldonado Tejada y el señor Ariel Huevo Flores, se encontraban en el interior de la fábrica de nombre " Concentrado La Espiga", ubicada en Barrio El Carmen de la villa de Agua Caliente, siendo que la joven María del Carmen Maldonado Tejada, estaba atendiendo al señor Ariel Huevo Flores, quien es cliente que había llegado al lugar, fue en ese instante que escucharon que tocaron la puerta de la entrada principal del referido negocio, dándose el caso que el referido cliente les dijo que si abría la puerta, en virtud que la empleada estaba ocupada haciéndole la factura, por lo que le dijeron que abriera, siendo así como al abrir la puerta, una mujer de las características física siguientes: Color de la piel blanca, pelo pintado de color rubio claro, complexión regular de estatura un metro con sesenta centímetros aproximadamente, quien vestía una blusa color rosado y un pantalón jeans color celeste, preguntó si tenía fertilizante, pero al ingresar a la fabrica observaron que detrás de ella se encontraban dos sujetos más y estos portaban un arma de fuego corto cada uno y le estaban apuntando al cliente señor Ariel Huevo Flores, a quien uno de los sujetos le dijo " no te movás que si no te morís", manifestándoles

asimismo que era un asalto y que no le llamaran a nadie porque si no los iban a matar, asimismo mientras los dos sujetos estaban en el interior apuntándoles con las armas de fuego, la mujer sacó de una cartera o bolsón color azul un arma de fuego tipo pistola y le apuntó a la señora Deysi Victoria Vásquez de Erazo, diciéndole que no le gritara a nadie porque de lo contrario la mataría; posteriormente la llevó al escritorio donde la empleada tenía el dinero y le dijo a ésta última que se lo echara en el bolsón que portaba, obligándola que revisara todas las gavetas del escritorio, siendo que en una de éstas se encontraba un arma de fuego tipo pistola, calibre veintidós milímetros, propiedad del señor Víctor Porfirio Erazo Maldonado, y al verla uno de los sujetos del sexo masculino, el cual vestía camisa color blanco, optó por agarrarla y se la puso en la espalda; posteriormente la mujer siempre apuntándole con el arma de fuego a la señora Deysi Victoria Vásquez de Erazo la obligó a que se desplazaran para el cuarto y se dirigió al gavetero, obligándola a que sacara el dinero que tenía en una de las gavetas del mismo, posteriormente regresaron a la sala donde estaban los otros dos sujetos y éstos apuntándoles con las armas de fuego los introdujeron al baño y posteriormente dichos sujetos se retiraron, pero como el baño tiene el seguro de la puerta por el lado de adentro, cuando salieron los sujetos se habían retirado, salieron de su vivienda y allí es cuando la señora Deysi Victoria Vásquez de Erazo pudo observar un automóvil tipo taxi color amarillo tipo taxi que se iba escondiendo con salida de la Villa de Agua Caliente; expresando víctimas y testigos que en el hecho intervinieron cuatro sujetos, los dos hombres y la mujer que ingresaron al negocio y otro hombre que se quedó en el vehículo; ascendiendo lo robado a CUATRO MIL SESENTA Y CUATRO DÓLARES, más el arma de fuego descrita.

Cuestiones incidentales

La defensa planteo el Cambio de Calificación Jurídica del delito de Robo Agravado al delito de robo agravado Imperfecto o tentado, ya que se recupero el dinero robado por lo que los imputados no dispusieron de las cosas.

Los jueces dieron a lugar el cambio de calificación jurídica.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 0901-100-2007

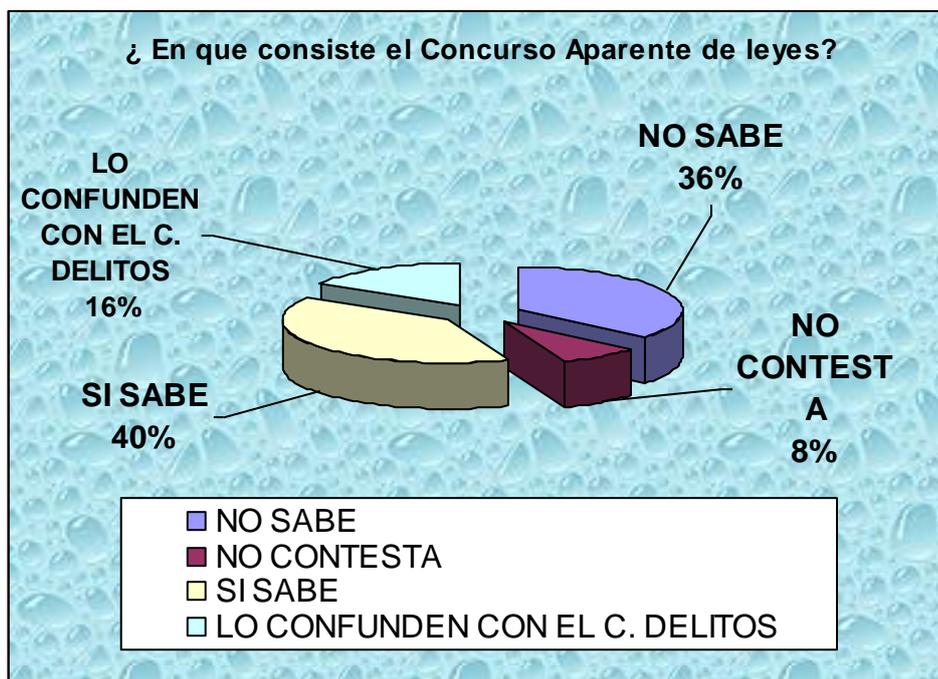
En la presente sentencia ninguna de las partes pidió aplicar el Concurso Aparente de leyes, puede que por desconocimiento de la figura, pero si los jueces decidieron aplicarla en el sentido de que el delito de Robo Agravado Imperfecto o Tentado subsume al delito de Tenencia, Portación, Conducción ilegal de arma de fuego , por ser parte del mismo, es decir, es propio del ilícito penal, ya que si se toman separadamente se estaría violentando el principio del non bis in ídem por el hecho que se le estaría imponiendo doble pena por un mismo hecho, la Portación, tenencia de armas es parte del delito de Robo agravado, por lo que queda subsumido dicho delito.

Se puede ver nuevamente que los jueces si tienen conocimiento de la figura, creemos que los fiscales no lo aplican aunque deberían si es que son conocedores y respetuosos de la ley, por el hecho de que ellos van a acusar, es decir entre mas delitos se le imputen a una persona mejor, pero para eso están los jueces para aplicar de la mejor manera la ley y respetar los principios que el derecho penal tiene.

3.4 RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS A LOS DEFENSORES PUBLICOS DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

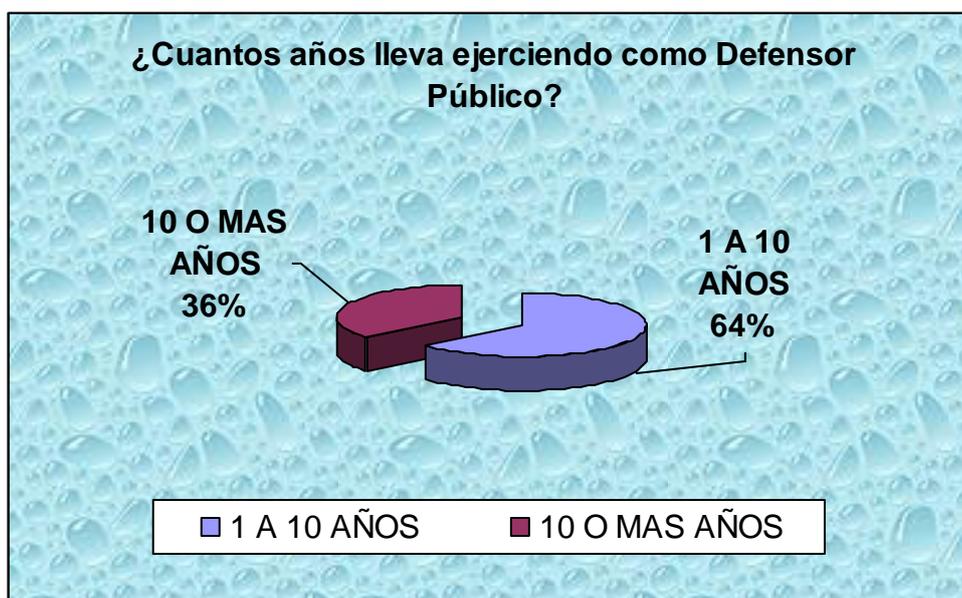
1. ¿En qué consiste el Concurso Aparente de Leyes?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
NO SABE	9
NO CONTESTA	2
SI SABE	10
LO CONFUNDEN CON EL C. DELITOS	4



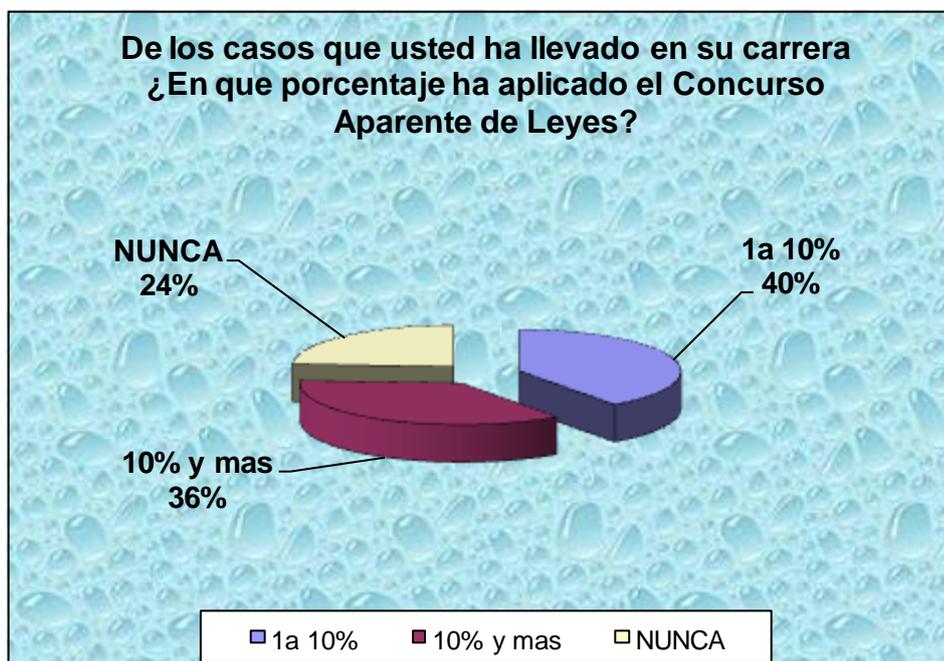
2. ¿Cuántos años lleva ejerciendo como Defensor Público?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
1 A 10 AÑOS	16
10 O MAS AÑOS	9



3. De los casos que usted ha llevado en su carrera, ¿En qué porcentaje ha aplicado el Concurso Aparente de Leyes?

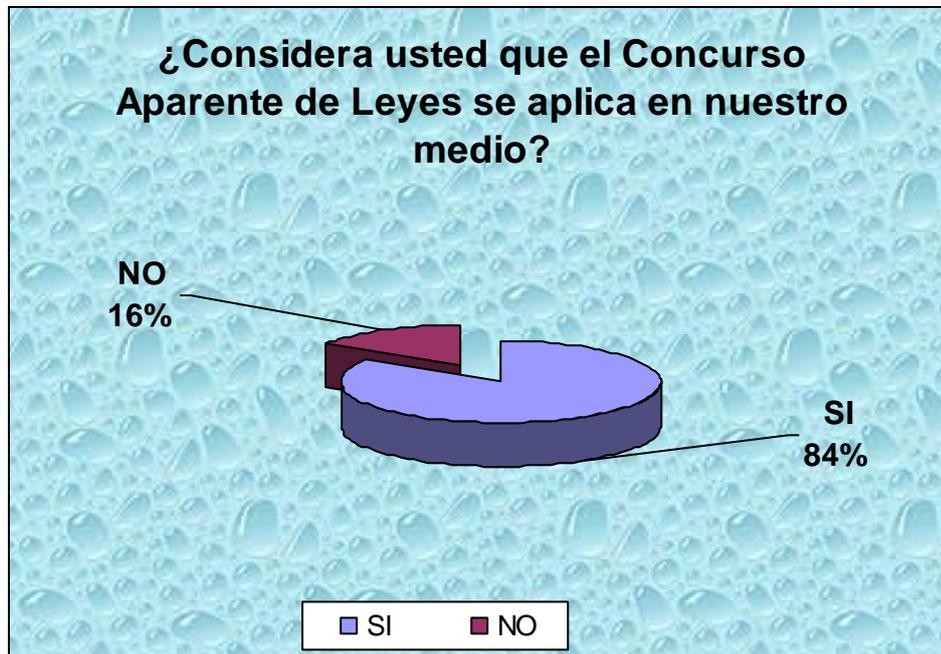
PORCENTAJE	Nº DE PERSONAS
1a 10%	10
10% y mas	9
NUNCA	6



4. ¿Considera usted que el Concurso Aparente de Leyes se aplica en nuestro medio?

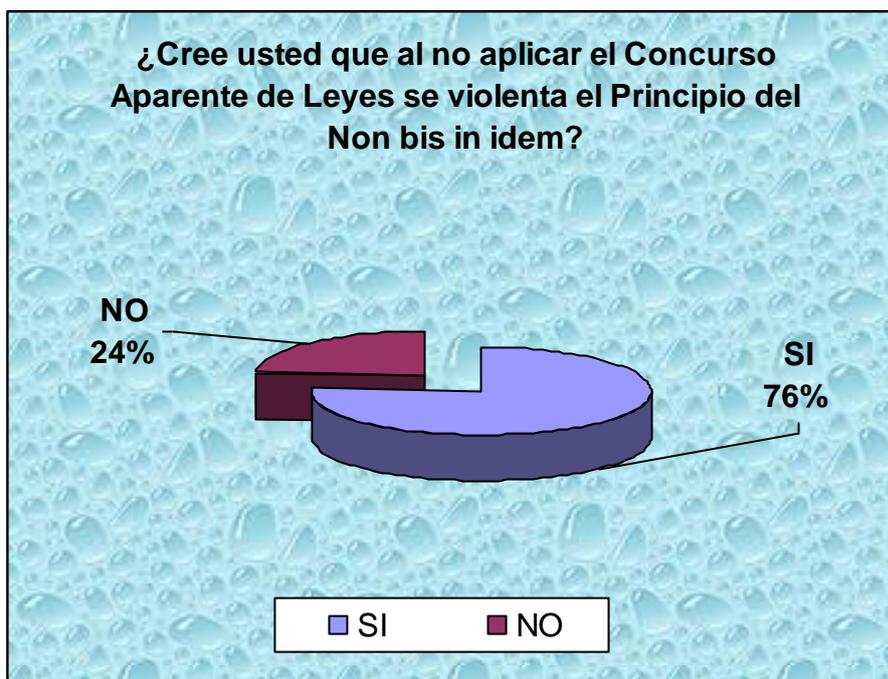
SI/ NO y PORQUE

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	21
NO	4



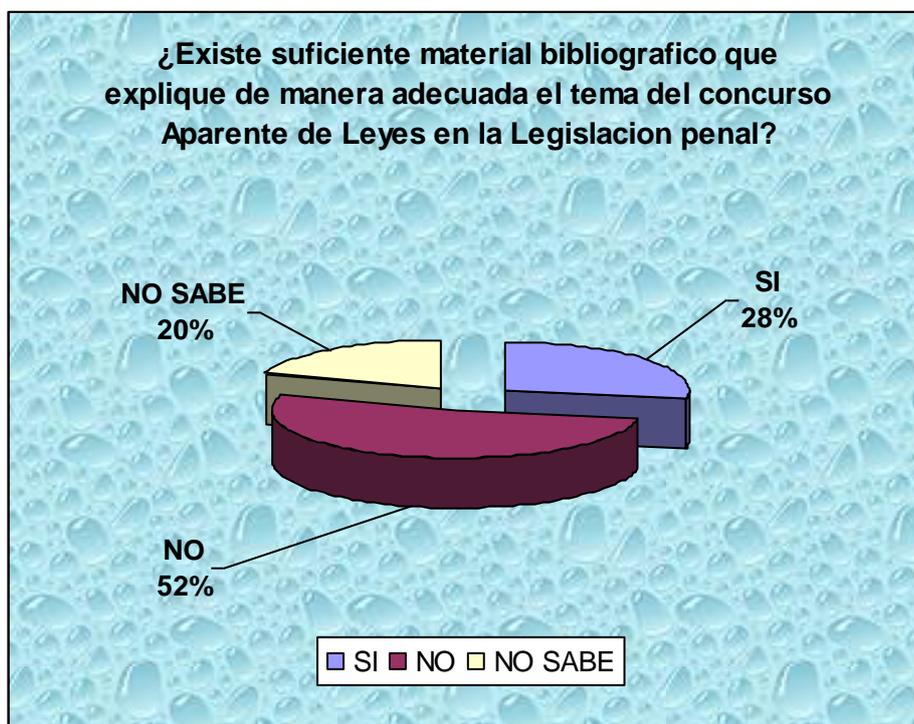
5. ¿Cree usted que al no aplicar el Concurso Aparente de leyes se violenta el Principio del ne bis in ídem?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	16
NO	9



6. ¿Existe suficiente material bibliográfico necesario que explique de manera adecuada el tema del Concurso Aparente de leyes en la legislación penal salvadoreña?

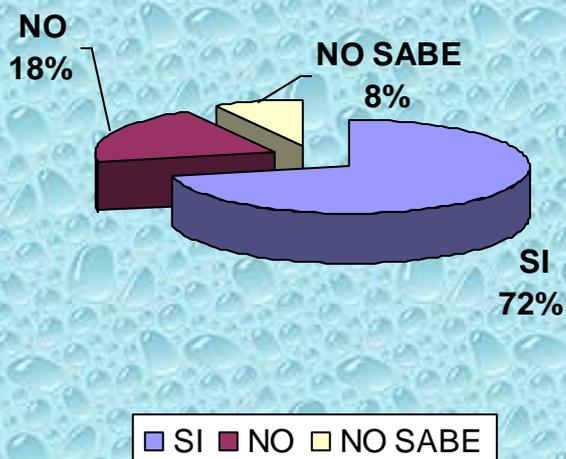
OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	7
NO	13
NO SABE	5



7. ¿Considera usted que el Concurso Aparente de Leyes es una figura que presenta poco nivel de análisis en nuestro país por parte de los operadores del sistema penal?

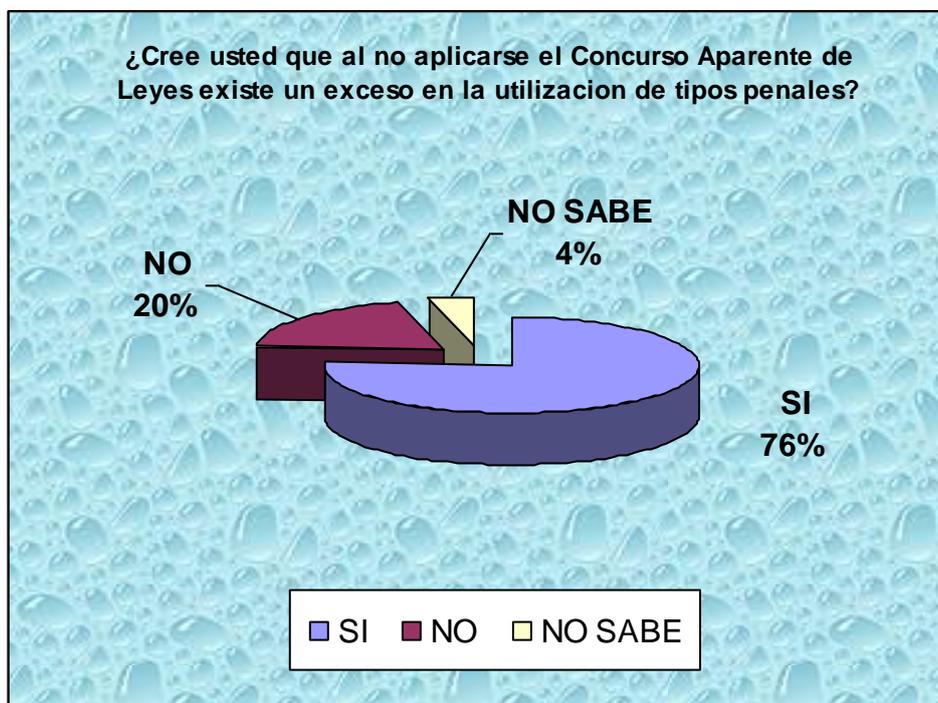
OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	18
NO	5
NO SABE	2

¿Considera usted que el Concurso Aparente de Leyes es una figura que presenta poco nivel de analisis en nuestro pais por parte de los operadores del sistema penal?



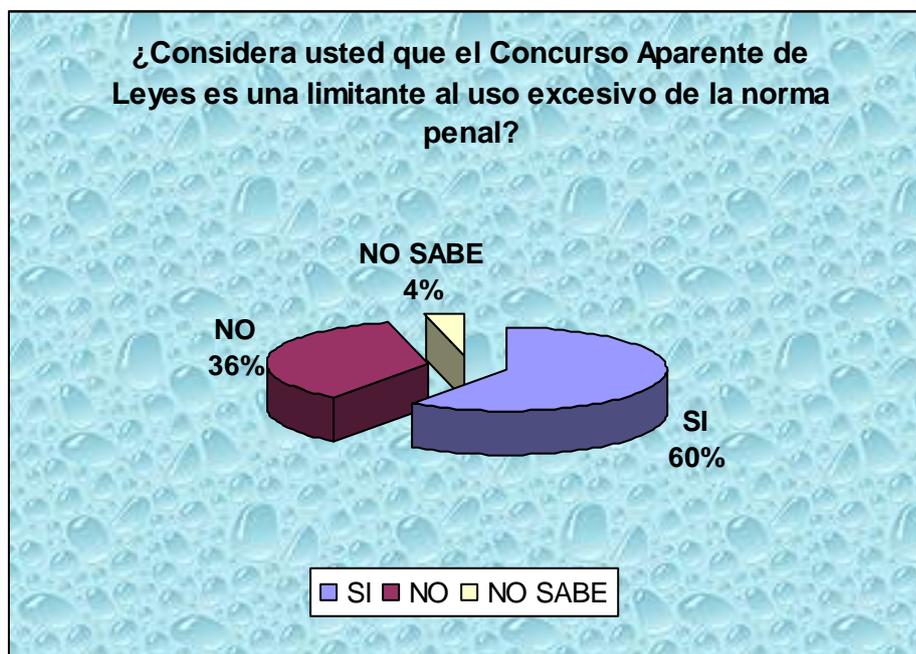
8. ¿Cree usted que al no aplicarse el Concurso Aparente de Leyes existe un exceso en la utilización de tipos penales?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	19
NO	5
NO SABE	1



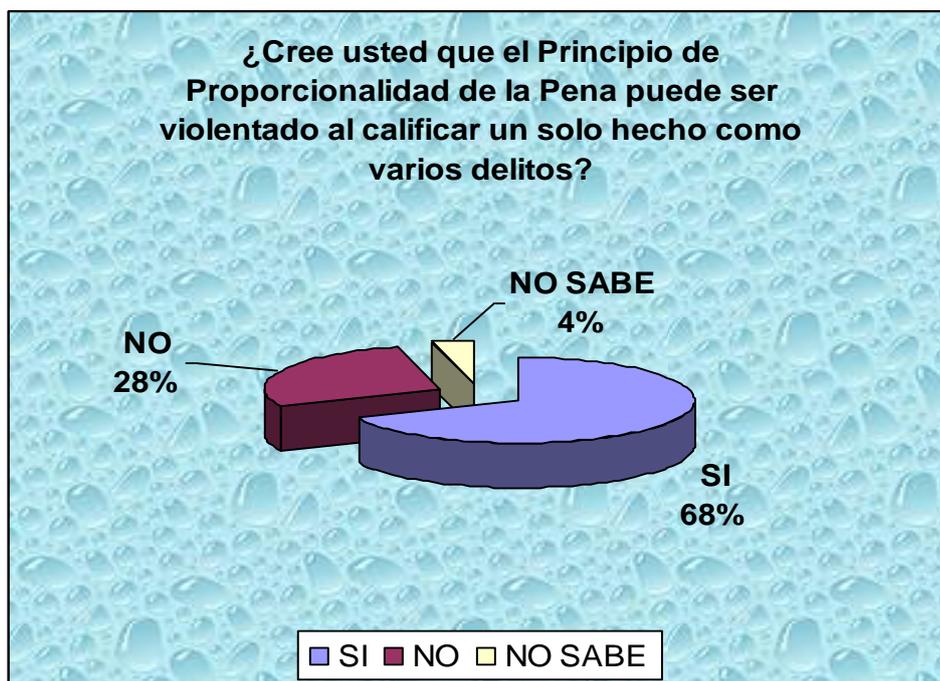
9. ¿Considera usted que el Concurso Aparente de Leyes es una limitante al uso excesivo de la norma penal?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	15
NO	9
NO SABE	1



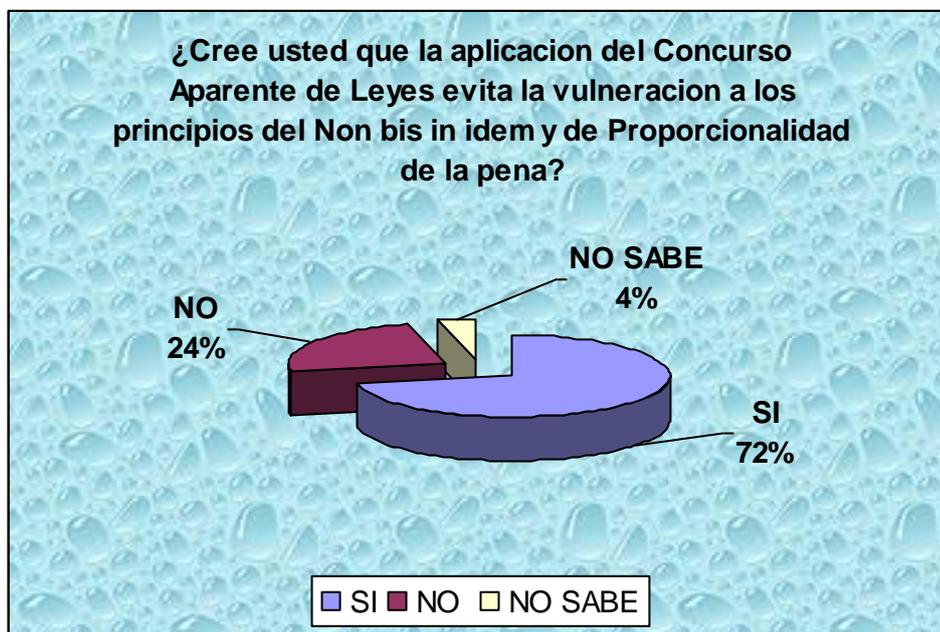
10. ¿Cree usted que el Principio de Proporcionalidad de la Pena puede ser violentado al calificar un solo hecho como varios delitos?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	17
NO	7
NO SABE	1



11. ¿Cree usted que la aplicación del Concurso Aparente de Leyes evita la vulneración a los principios del Ne bis in ídem y de Proporcionalidad de la Pena?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	18
NO	6
NO SABE	1



3.5 ANALISIS DE LAS ENCUESTAS A LOS PROCURADORES PUBLICOS DE LA PGR.

De la información obtenida en las encuestas realizadas a los procuradores públicos podemos interpretar lo siguiente:

- Los Procuradores Públicos, si conocen de esta figura y si saben de su regulación.

Según datos arrojados por las encuestas tenemos que los procuradores públicos consideran que:

- En nuestro medio si existe aplicación del concurso aparente de leyes por parte de los defensores públicos.

- Al no existir aplicación del concurso aparente de leyes se vulnera el principio del Ne Bis in ídem, es decir castigar dos veces a una persona por una misma conducta.
- No existe suficiente material bibliográfico que explique de manera adecuada la figura en nuestra legislación.
- El concurso aparente de leyes presenta poco nivel de análisis por parte de los operadores del sistema penal.
- Si existe una utilización en exceso de los tipos penales, si no se aplica el concurso aparente de leyes.
- El concurso aparente de leyes es una limitante al uso de la norma penal.
- Se violenta el principio de proporcionalidad de la pena al no utilizar el concurso aparente de leyes.
- Tanto el principio de proporcionalidad como el Ne bis in ídem, se violentan al no aplicar el concurso aparente de leyes.

Los datos obtenidos por las encuestas, nos dejan en claro que, contrario a lo que creíamos al comenzar esta investigación, existe un nivel positivo de conocimiento por parte de los procuradores públicos acerca de la existencia y aplicación de esta figura en nuestro país. Por otro lado nos corresponde hacer mención de la cantidad considerable de los procuradores que desconocen de esta figura, algunos de ellos no recordaban en qué consistía, otros no lograban definirlo sin consultar con el Art. 7 del Código Penal, y por último se encuentran aquellos que la confunden con el concurso de delitos, es decir creen que el concurso aparente de leyes es lo mismo que el concurso real e ideal de delitos.

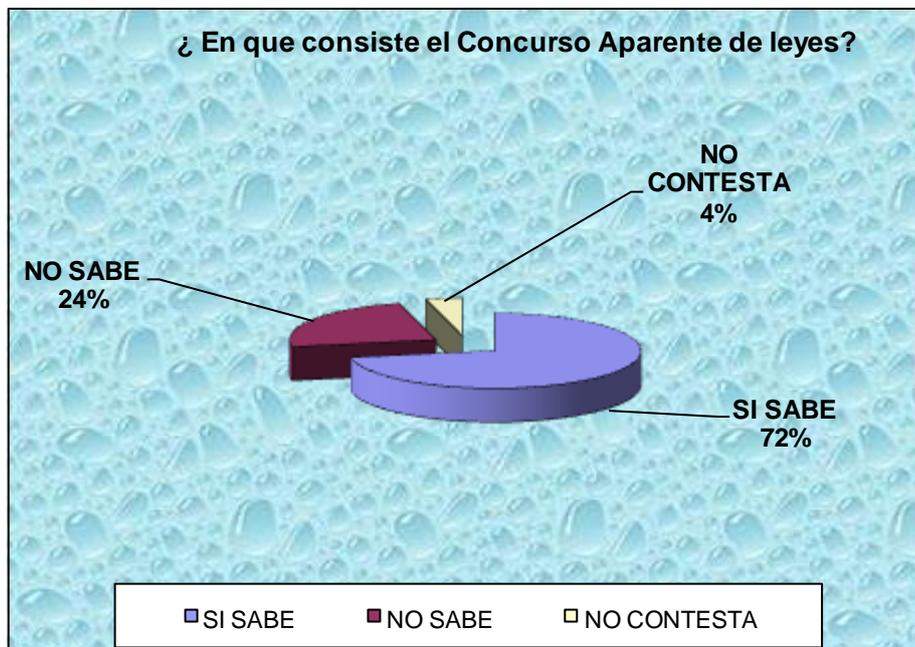
Un dato relevante es que todos los procuradores que conocen la figura del concurso aparente de leyes, coincidieron que la mayoría de los fiscales no la aplican a los casos, y que siempre acusan por delitos separados, pero que desde hace poco tiempo se ha visto una mejoría en

la calificación de los hechos, es decir que se ocupan más de analizar el hecho antes de calificarlo como dos o más delitos.

3.6 RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS A FISCALES AUXILIARES DE LA FISCALIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

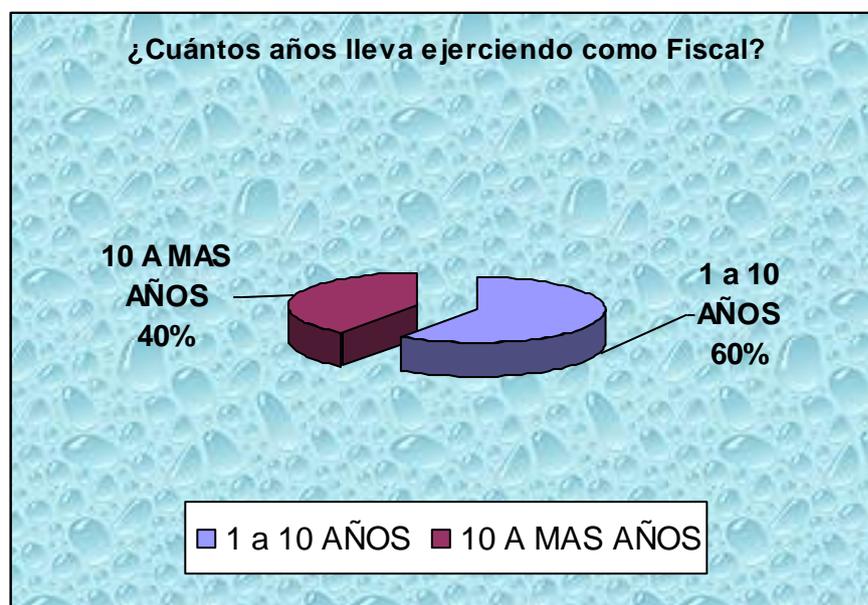
1. ¿En qué consiste el Concurso Aparente de Leyes?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI SABE	18
NO SABE	6
NO CONTESTA	1
LO CONFUNDEN CON EL C. D	0



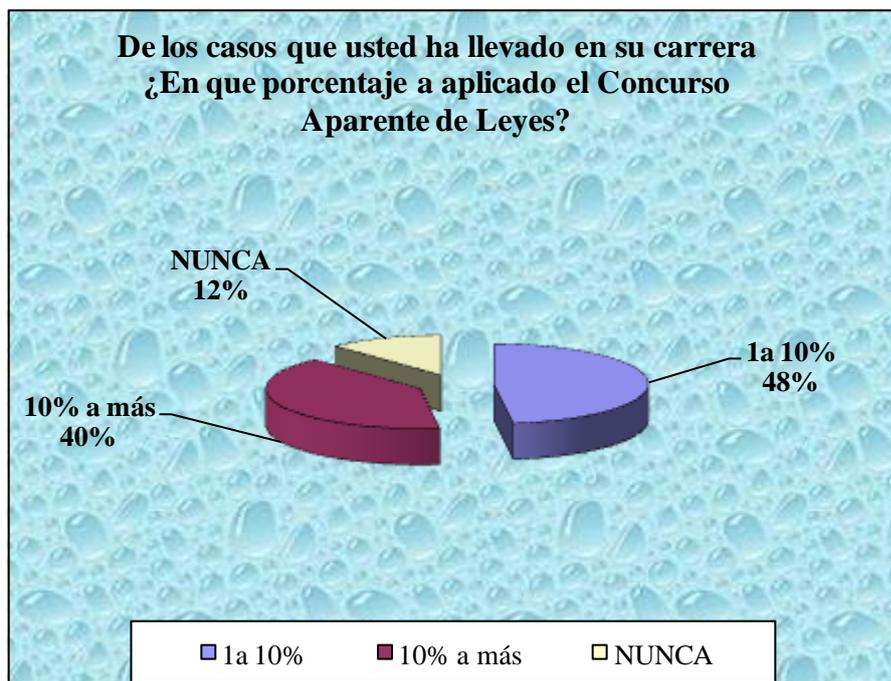
2. ¿Cuántos años lleva ejerciendo como Fiscal?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
1 a 10 AÑOS	15
10 A MAS AÑOS	10



3. De los casos que usted ha llevado en su carrera, ¿En qué porcentaje ha aplicado el Concurso Aparente de Leyes?

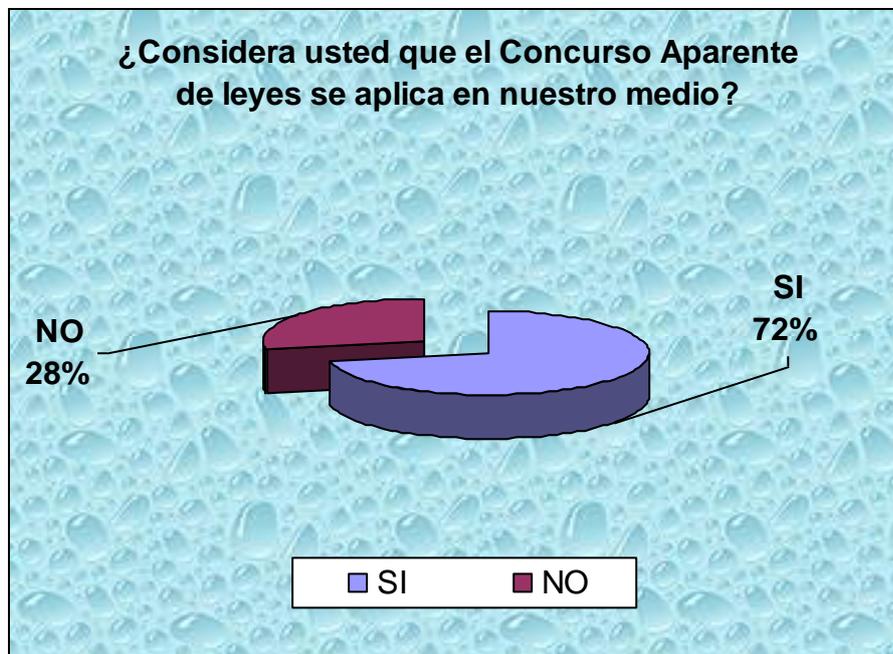
OPCIONES	Nº DE PERSONAS
1a 10%	12
10% a más	10
NUNCA	3



4. ¿Considera usted que el Concurso Aparente de Leyes se aplica en nuestro medio?

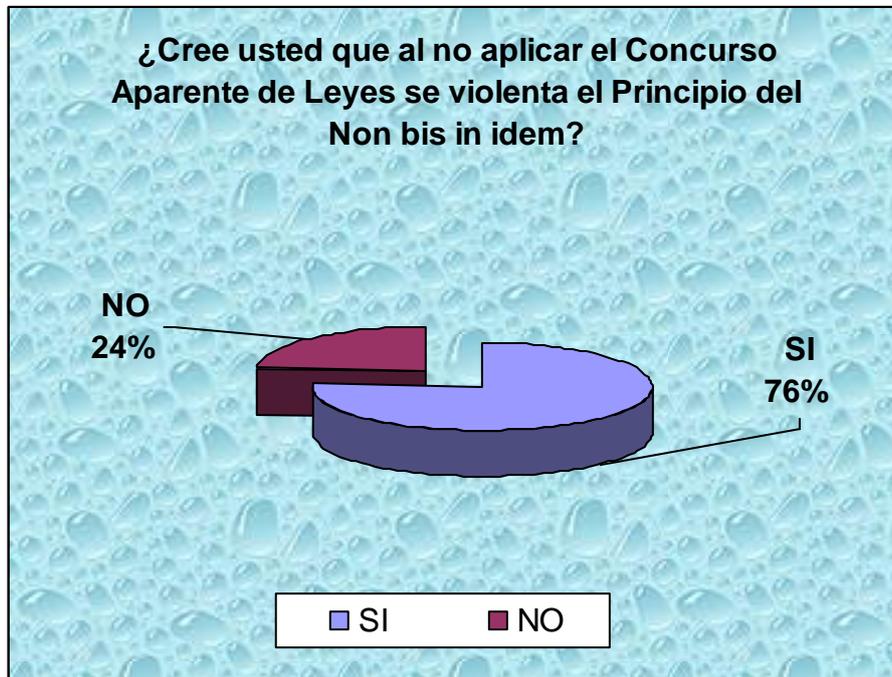
SI/ NO y PORQUE

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	18
NO	7



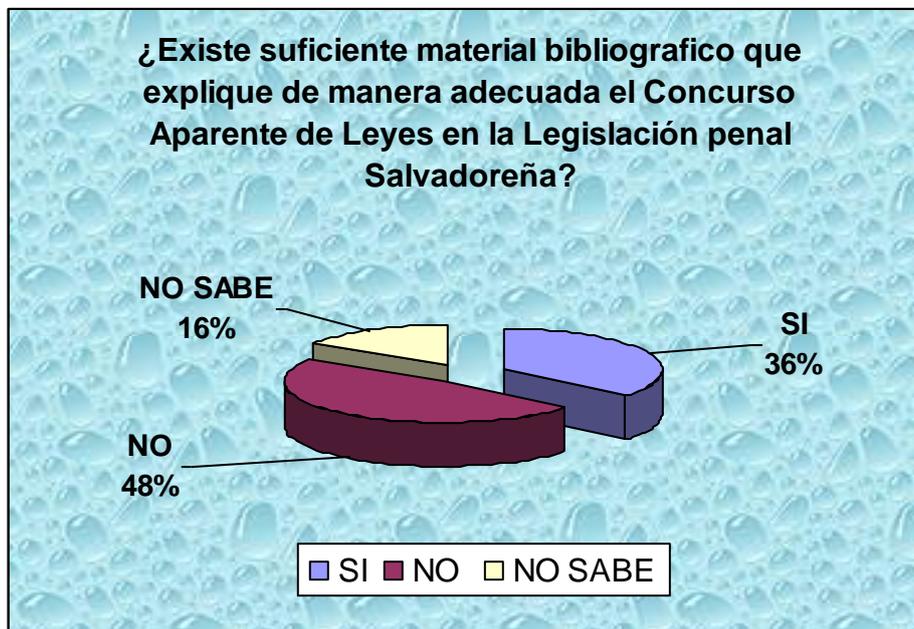
5. ¿Cree usted que al no aplicar el Concurso Aparente de leyes se violenta el Principio del ne bis in ídem?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	19
NO	6



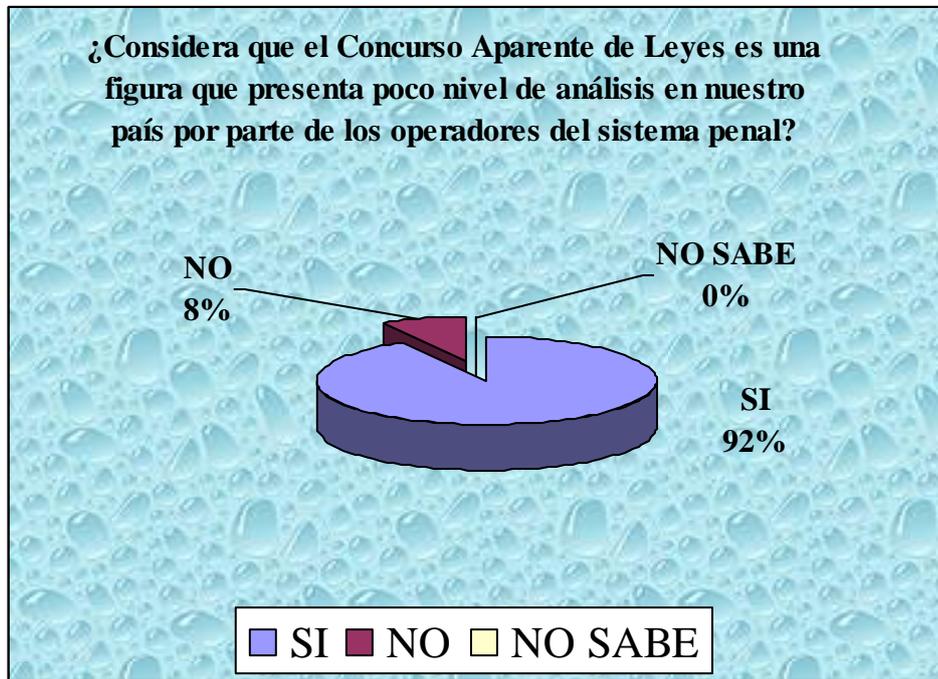
6. ¿Existe suficiente material bibliográfico necesario que explique de manera adecuada el tema del Concurso Aparente de leyes en la legislación penal salvadoreña

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	9
NO	12
NO SABE	4



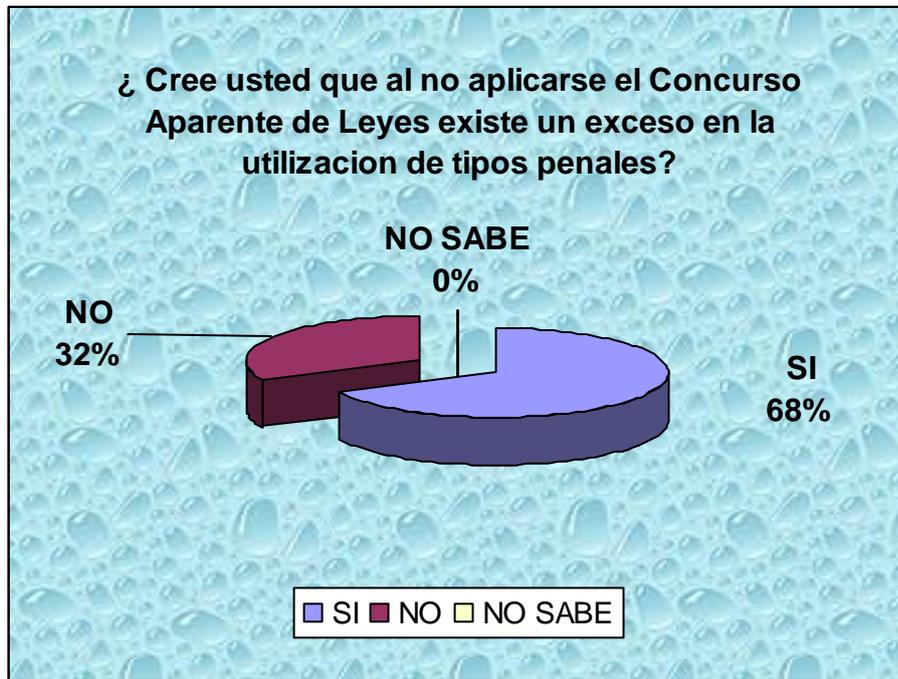
7. ¿Considera usted que el Concurso Aparente de Leyes es una figura que presenta poco nivel de análisis en nuestro país por parte de los operadores del sistema penal?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	23
NO	2
NO SABE	



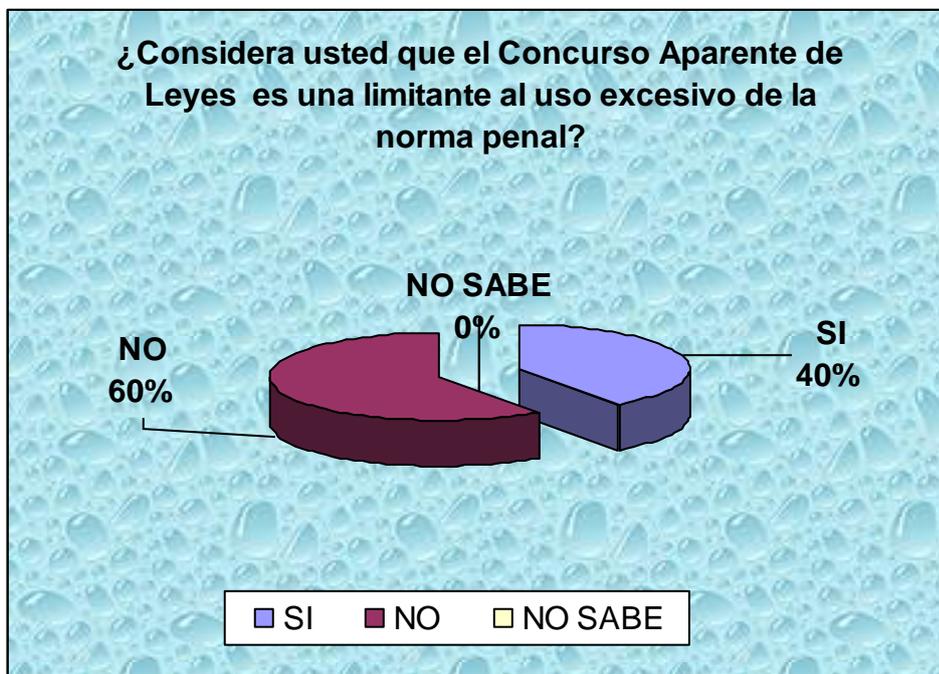
8. ¿Cree usted que al no aplicarse el Concurso Aparente de Leyes existe un exceso en la utilización de tipos penales?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	17
NO	8
NO SABE	



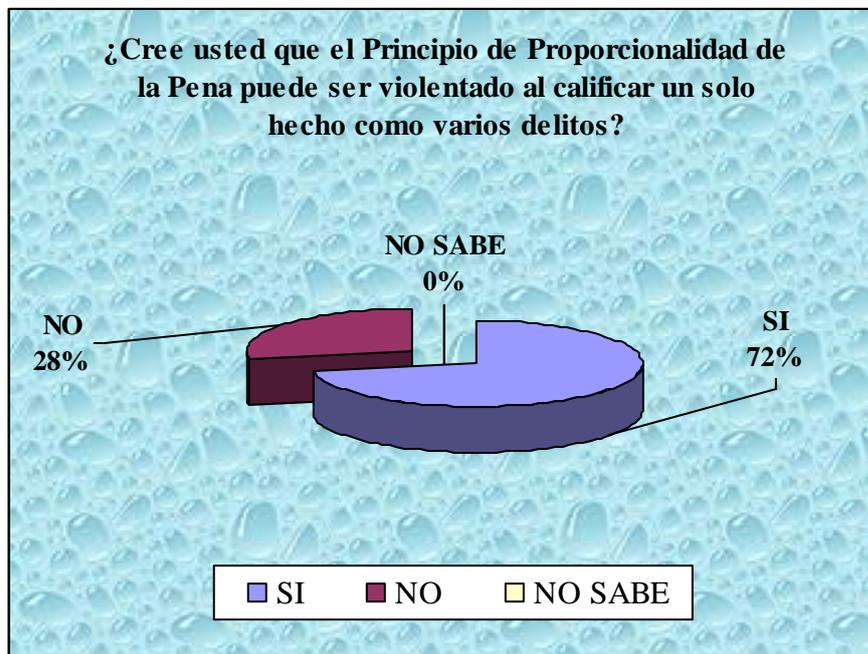
9. ¿Considera usted que el Concurso Aparente de Leyes es una limitante al uso excesivo de la norma penal?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	10
NO	15
NO SABE	



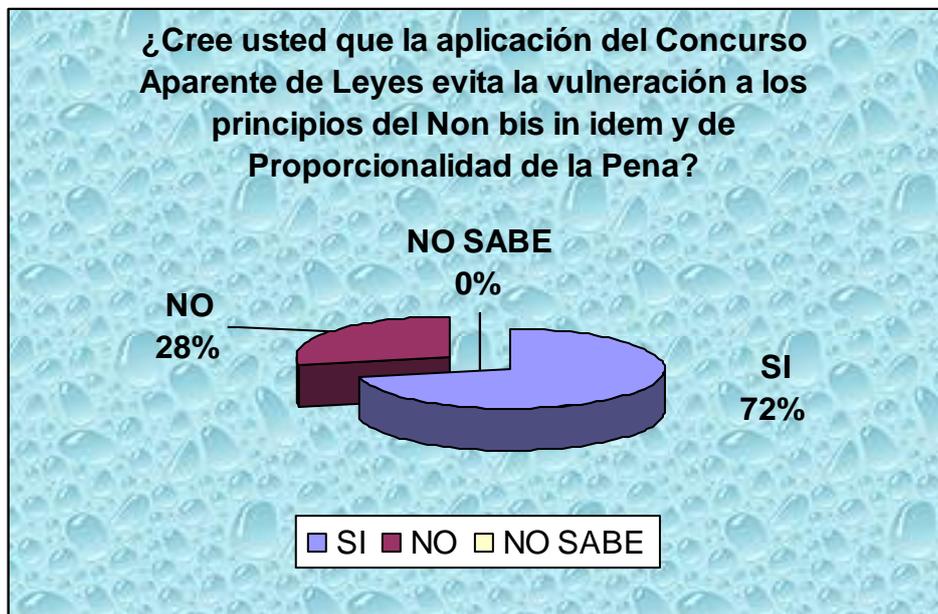
10. ¿Cree usted que el Principio de Proporcionalidad de la Pena puede ser violentado al calificar un solo hecho como varios delitos?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	18
NO	7
NO SABE	



11. ¿Cree usted que la aplicación del Concurso Aparente de Leyes evita la vulneración a los principios del Ne bis in idem y de Proporcionalidad de la Pena?

OPCIONES	Nº DE PEROSNAS
SI	18
NO	7
NO SABE	



3.7 ANÁLISIS DE LAS ENCUESTA REALIZADAS A LOS FISCALES AUXILIARES DE LA FISCALIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

De la información obtenida en las encuestas realizadas a los Fiscales auxiliares podemos interpretar lo siguiente:

- Los fiscales auxiliares si conocen de esta figura y si saben de su regulación.

Según datos arrojados por las encuestas tenemos que los fiscales auxiliares consideran que:

- En nuestro medio si existe aplicación del concurso aparente de leyes por parte de los fiscales auxiliares.
- Al no existir aplicación del concurso aparente de leyes se vulnera el principio del Ne Bis in ídem, es decir castigar dos veces a una persona por una misma conducta.

- No existe suficiente material bibliográfico que explique de manera adecuada la figura en nuestra legislación.
- El concurso aparente de leyes presenta poco nivel de análisis por parte de los operadores del sistema penal.
- Si existe una utilización en exceso de los tipos penales, si no se aplica el concurso aparente de leyes.
- El concurso aparente de leyes no es una limitante al uso de la norma penal.
- Se violenta el principio de proporcionalidad de la pena al no utilizar el concurso aparente de leyes.
- Tanto el principio de proporcionalidad como el Ne bis in ídem, se violentan al no aplicar el concurso aparente de leyes.

Realizando la comparación entre las respuestas obtenidas de los fiscales auxiliares con las de los procuradores, tenemos que los fiscales superan en conocimiento de la figura del concurso aparente de leyes a los defensores públicos, aunque estos últimos opinan que Fiscalía no utiliza esta figura.

Nos llama la atención, que los fiscales consideran efectivamente que la no utilización del concurso aparente de leyes, resulta en una vulneración al principio del non bis in ídem y al principio de proporcionalidad cuestión que deben tener siempre en cuenta, pues son ellos los que califican los hechos en un primer momento y si el juez o el abogado defensor, no analizan la situación, se corre el riesgo de que el imputado sea violentado en sus garantías.

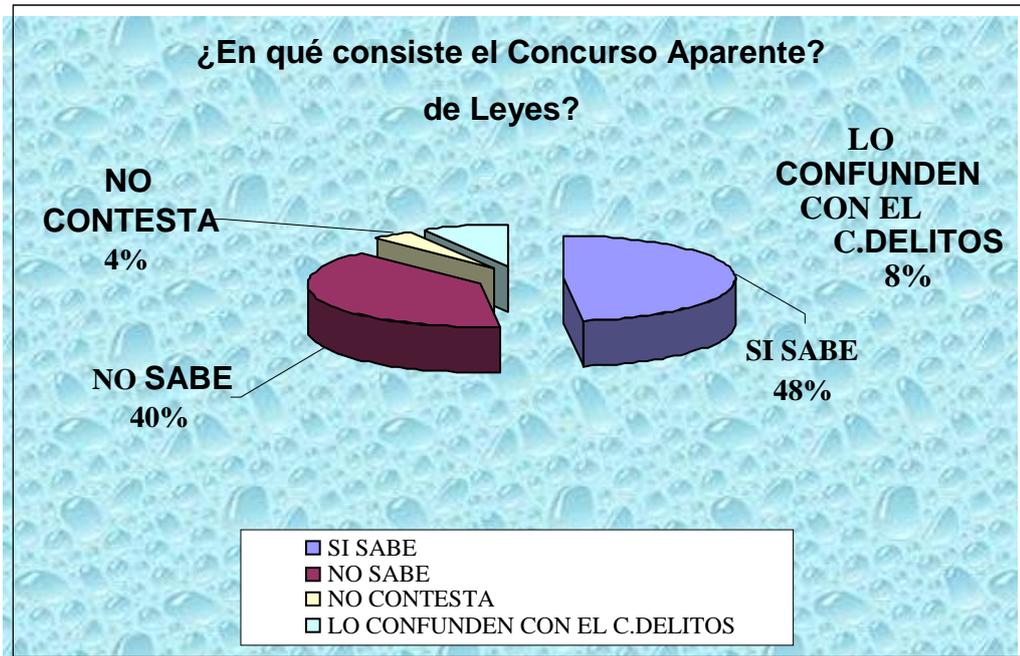
Diferimos de la opinión de los fiscales, en el sentido que ellos no consideran que el concurso aparente de leyes sea una limitante al uso de la norma penal. Al contrario, nosotros opinamos que la figura del concurso

aparente de leyes funciona como límite, al establecer que no deben de utilizarse más de un tipo penal, cuando uno de ellos es suficiente para calificar el hecho en cuestión. Sin la figura del concurso aparente de leyes, se ocuparían muchos tipos penales para calificar un solo hecho, atendiendo por separado cada desvalor de la conducta, que gracias a los principio del concurso aparente de leyes, se entienden incorporadas a una sola norma.

3.8 RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS REALIZADAS A ABOGADOS EN SU LIBRE EJERCICIO (DEFENSORES PARTICULARES Y QUERELLANTES)

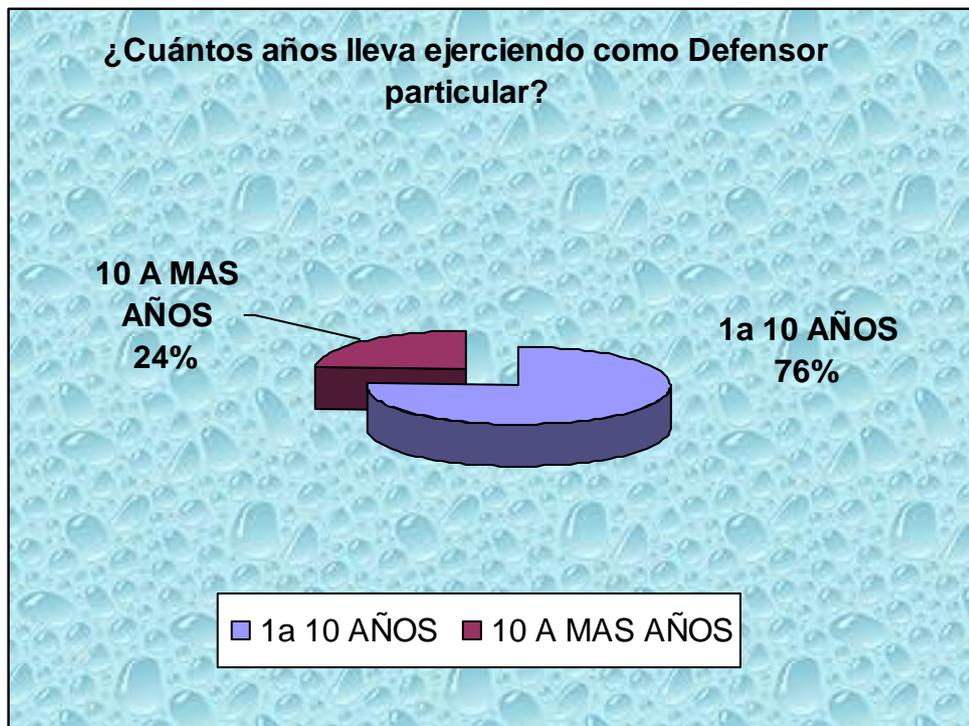
1. ¿En qué consiste el Concurso Aparente de leyes?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI SABE	12
NO SABE	10
NO CONTESTA	1
LO CONFUNDEN CON EL CONCURSO DE DELITOS	2



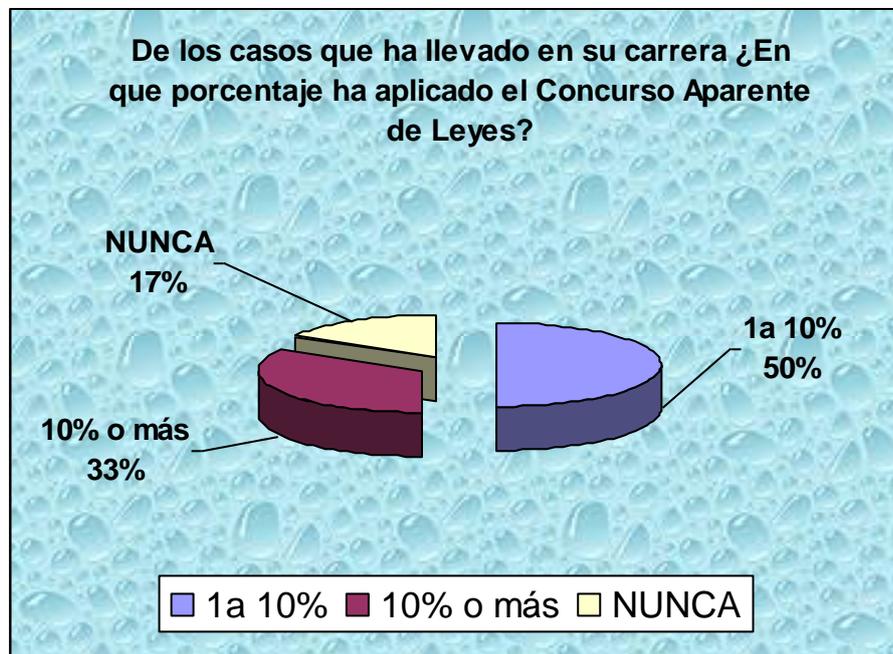
2. ¿Cuántos años lleva ejerciendo como abogado particular?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
1a 10 AÑOS	19
10 A MAS AÑOS	6



3. De los casos que usted ha llevado en su carrera, ¿En qué porcentaje ha aplicado el Concurso Aparente de Leyes?

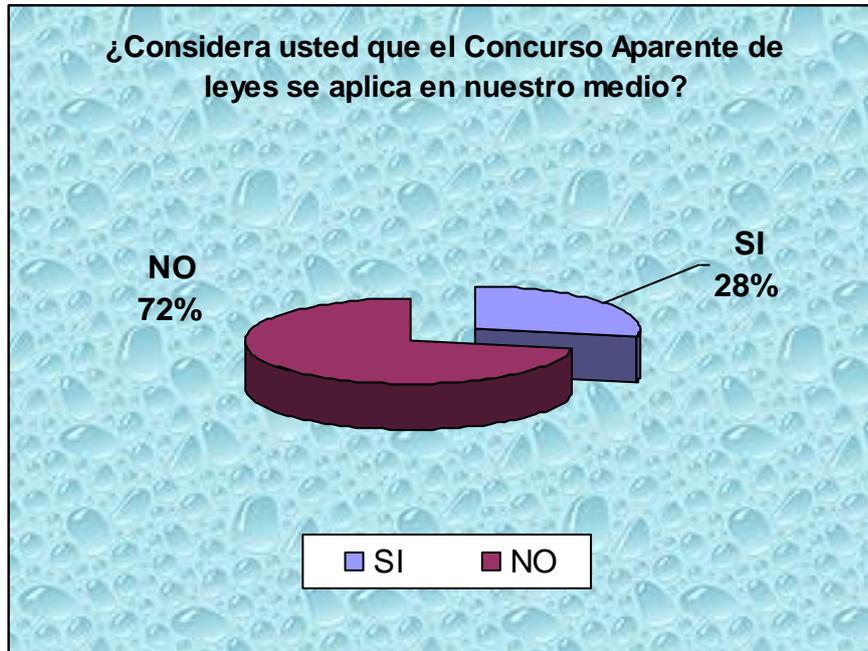
OPCIONES	Nº DE PERSONAS
1a 10%	12
10% o más	8
NUNCA	4



4. ¿Considera usted que el Concurso Aparente de Leyes se aplica en nuestro medio?

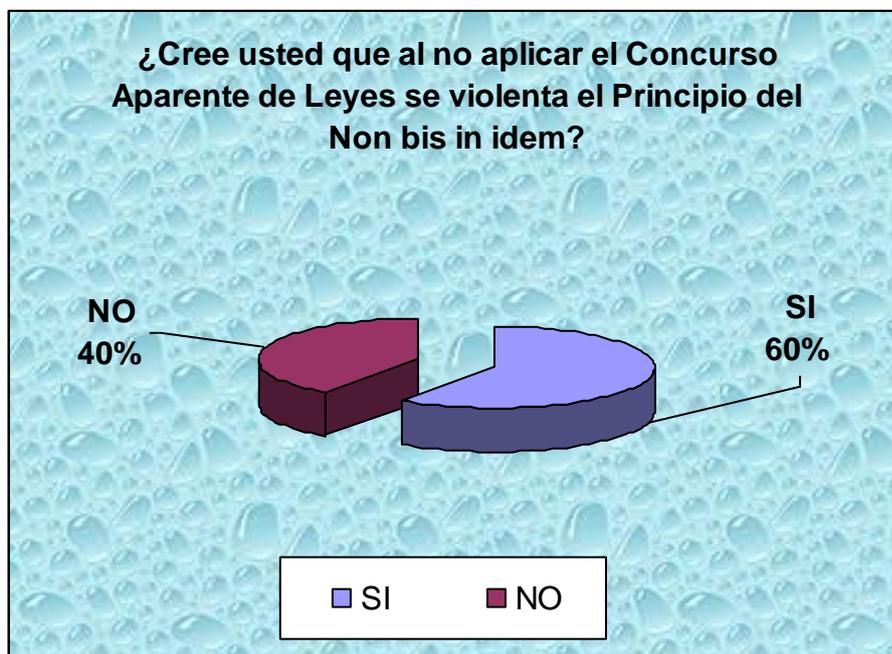
SI/ NO.

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	7
NO	18



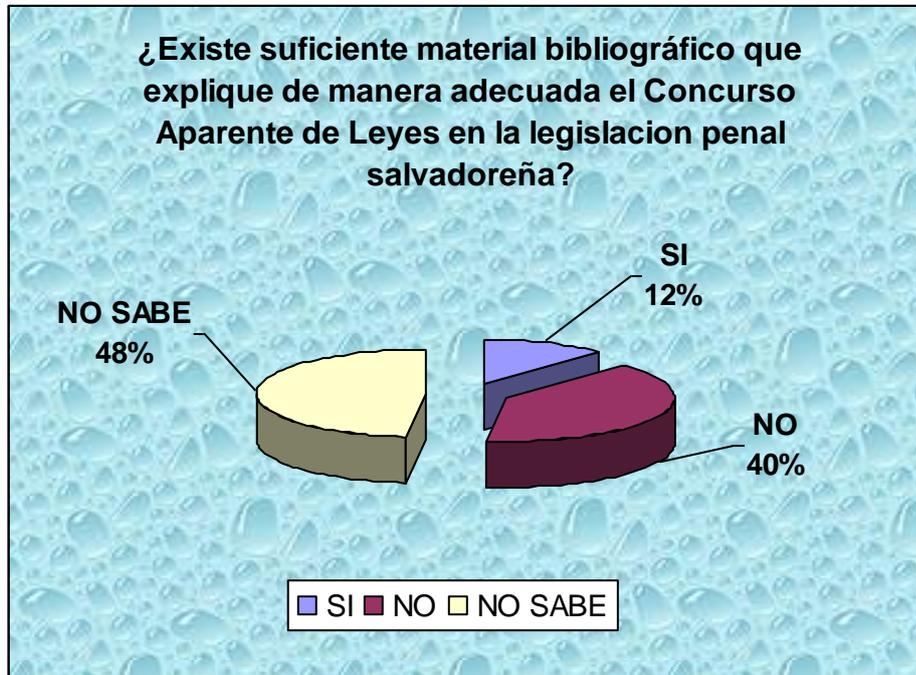
5. ¿Cree usted que al no aplicar el Concurso Aparente de leyes se violenta el Principio del ne bis in ídem?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	15
NO	10



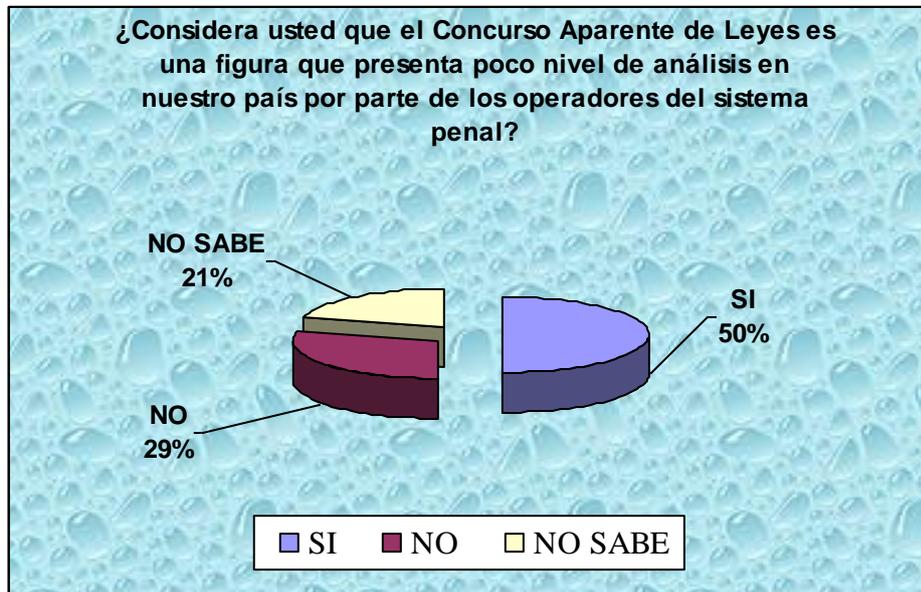
6. ¿Existe suficiente material bibliográfico necesario que explique de manera adecuada el tema del Concurso Aparente de leyes en la legislación penal salvadoreña?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	3
NO	10
NO SABE	12



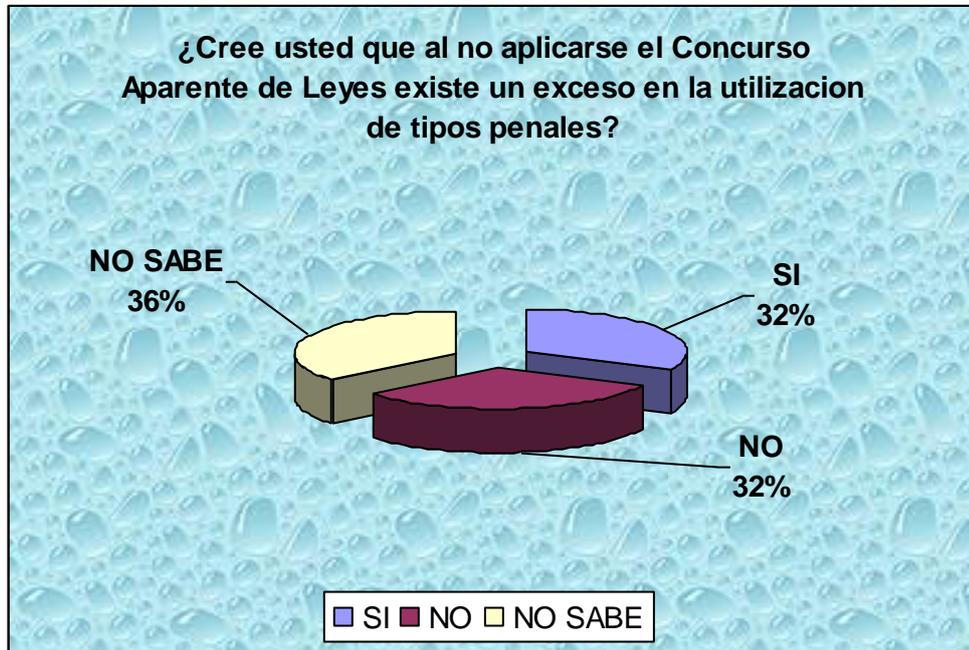
7. ¿Considera usted que el Concurso Aparente de Leyes es una figura que presenta poco nivel de análisis en nuestro país por parte de los operadores del sistema penal?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	12
NO	7
NO SABE	5



8. ¿Cree usted que al no aplicarse el Concurso Aparente de Leyes existe un exceso en la utilización de tipos penales?

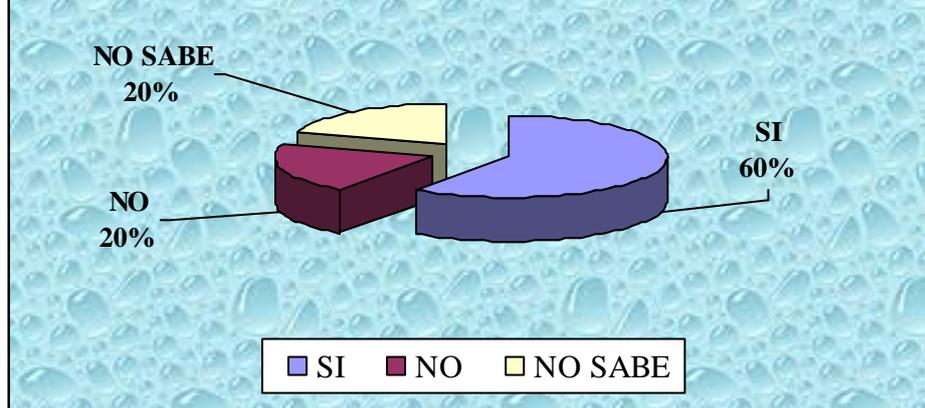
OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	8
NO	8
NO SABE	9



9. ¿Considera usted que el Concurso Aparente de Leyes es una limitante al uso excesivo de la norma penal?

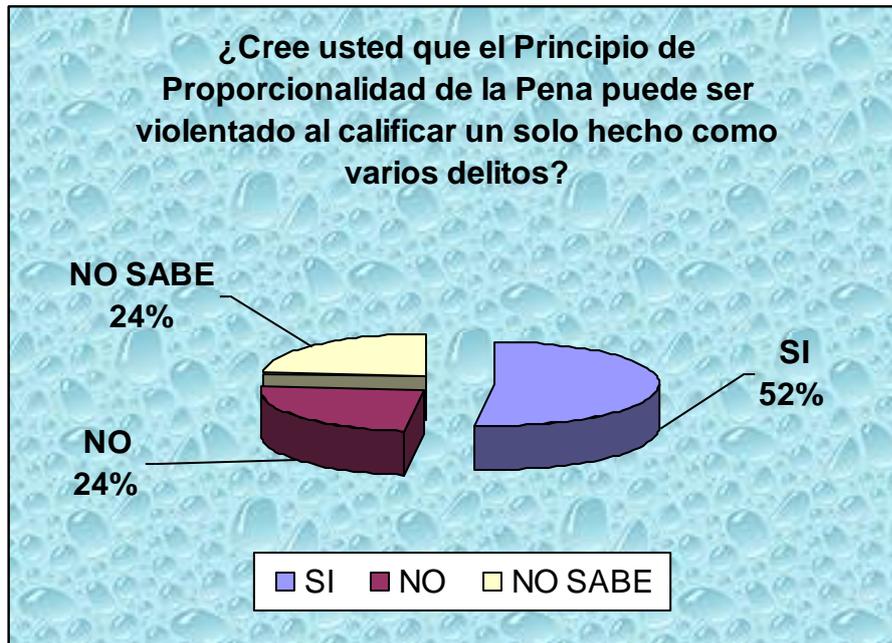
OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	15
NO	5
NO SABE	5

**¿Considera usted que el Concurso
Aparente de Leyes es una limitante al
uso excesivo de la norma penal?**



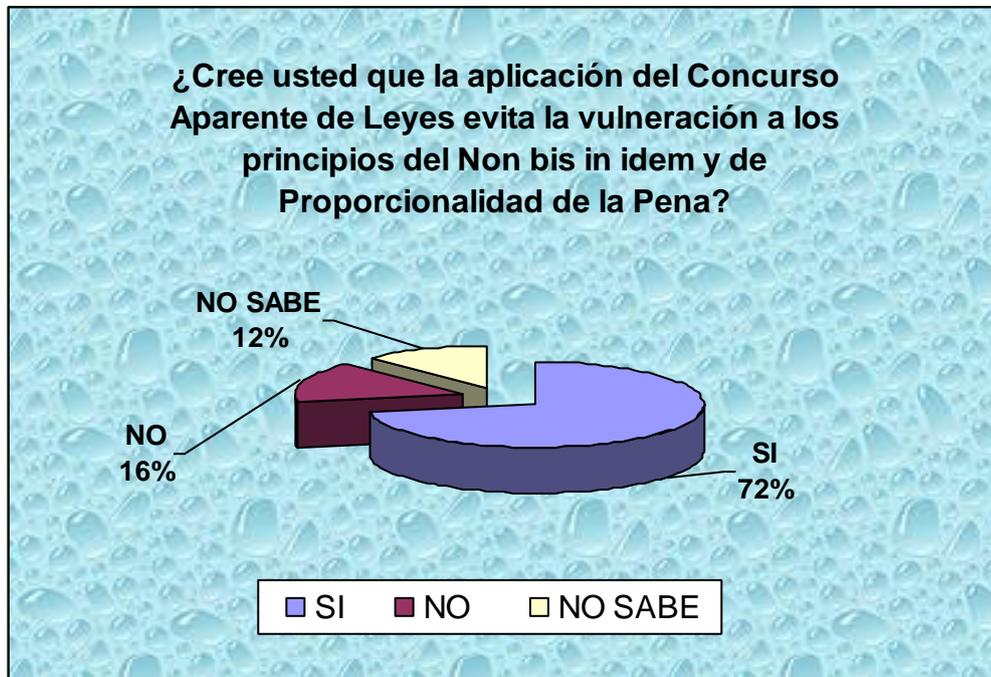
10. ¿Cree usted que el Principio de Proporcionalidad de la Pena puede ser violentado al calificar un solo hecho como varios delitos?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	13
NO	6
NO SABE	6



11. ¿Cree usted que la aplicación del Concurso Aparente de Leyes evita la vulneración a los principios del Ne bis in ídem y de Proporcionalidad de la Pena?

OPCIONES	Nº DE PERSONAS
SI	18
NO	4
NO SABLE	3



3.9 ANÁLISIS DE LAS ENCUESTAS REALIZADAS A LOS ABOGADOS EN SU LIBRE EJERCICIO. (DEFESORES PARTICULARES Y QUERELLANTES)

De la información obtenida en las encuestas realizadas a los abogados en su libre ejercicio podemos interpretar lo siguiente:

- Los abogados en su libre ejercicio si conocen de esta figura y si saben de su regulación.

Según datos arrojados por las encuestas tenemos que los abogados en su libre ejercicio consideran que:

- No existe aplicación del concurso aparente de leyes en nuestro medio.

- Al no existir aplicación del concurso aparente de leyes se vulnera el principio del Ne Bis in ídem, es decir castigar dos veces a una persona por una misma conducta.
- No saben si existe material bibliográfico que explique el concurso aparente de leyes en nuestro medio.
- El concurso aparente de leyes presenta poco nivel de análisis por parte de los operadores del sistema penal.
- No saben si al no aplicar el concurso aparente de leyes exista un exceso en la utilización de los tipos penales.
- El concurso aparente de leyes si es una limitante al uso de la norma penal.
- Se violenta el principio de proporcionalidad de la pena al no utilizar el concurso aparente de leyes.
- Tanto el principio de proporcionalidad como el Ne bis in ídem, se violentan al no aplicar el concurso aparente de leyes.

Las encuestas realizadas a los abogados particulares, nos dejan resultados que difieren notablemente de los obtenidos de los Fiscales y Procuradores Públicos.

En primer lugar tenemos que existe un margen bastante cerrado de aquellos abogados que no conocen el concurso aparente de leyes y los que sí. Pero la respuesta que difiere totalmente de las anteriores es que los defensores particulares y querellantes opinan que no se aplica la figura del concurso aparente de leyes, por consiguiente opinan que se toman los delitos por separado y se vulneran los Principios de Proporcionalidad y el de Ne bis in ídem.

Por otro lado, se tienen que ignoran si existe material bibliográfico que explique el concurso aparente de leyes en el país, así como también no saben si al no aplicar la figura se utiliza en exceso la norma penal.

Creemos que las respuestas difieren, pues el punto de vista de los abogados particulares se centra en el hecho de que muchos fiscales acusen de manera separada los delitos, mima situación que es mencionada por los procuradores públicos.

3.10 ENTREVISTA REALIZADA A JUECES DE LO PENAL

LIC. LEVIS ITALMIR ORELLANA (JUEZ 1' DE INSTRUCCIÓN DE SANSALVADOR)

1. ¿En qué consiste la figura del Concurso aparente de Leyes?

Consiste en una actividad jurisdiccional de control de promisión de la acción penal, en la cual los hechos susceptibles de ser calificados conforme a dos o más preceptos, se analizan y de ser posible se califican más adecuadamente.

2. ¿A partir de qué año se regula en nuestro Código Penal el Concurso Aparente de Leyes? ¿Y Porque?

1998. cuando entro en vigencia el Código Penal.

3. Han existido casos en los cuales las partes no hayan alegado dicha figura siendo evidente su existencia y le haya tocado a usted pronunciarse sobre ello:

Si

4. ¿Considera usted que la figura del Concurso Aparente de Leyes se aplica en nuestro medio?

SI x **NO** **PORQUE:** el nivel de aplicación de la ley ha mejorado sustancialmente

5. ¿Cuáles son las consecuencias de no aplicar la figura del Concurso Aparente de Leyes?

La consecuencia inmediata es la posible violación al principio del NE BIS IN IDEM

LIC. SAUL ERNESTO MORALES (JUEZ DEL JUZGADO 2º DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR)

1. ¿En qué consiste la figura del Concurso aparente de Leyes?

Cuando hay un presupuesto o tipo jurídico mayor este implícitamente en algunos casos abarca otros bienes jurídicos inferiores como en el caso, cuando se juzga en robo agravado con el delito de Tenencia, Portación y conducción ilegal de arma de fuego, no se pueden juzgar separadamente, porque ya está implícito en el tipo penal.

2. ¿A partir de qué año se regula en nuestro Código Penal el Concurso Aparente de Leyes? Y ¿Porque?

Siempre ha existido (1974), ya bien regulado fue en 1996-1998, para poder tener casos específicos en los cuales se puede aplicar, y sirvió para dar parámetros.

3. Han existido casos en los cuales las partes no hayan alegado dicha figura siendo evidente su existencia y le haya tocado a usted pronunciarse sobre ello:

Si

4. ¿Considera usted que la figura del Concurso Aparente de Leyes se aplica en nuestro medio?

SI x **NO** _____ **PORQUE:** los jueces tienen que ejercer la tutela judicial efectiva esto implica que cuando se argumentan las sentencias, las figuras jurídicas que se han invocado y están violando derechos irrenunciables y que respetan el Principio de legalidad, sin que las partes lo pidan el juez está en la obligación de aplicarlo.

5. ¿Cuáles son las consecuencias de no aplicar la figura del Concurso Aparente de Leyes?

Muchas veces se sanciona dos veces a la misma persona por la misma conducta, violentando la garantía de un juicio justo o del Debido proceso, tácitamente habría un doble juzgamiento, aunque no se violentaría el Principio del Ne bis in ídem ya que ahí ya hay sentencia y en el Concurso se está argumentando todavía.

LIC. MEDARDO DE JESUS TEJADA RODRIGUEZ (JUEZ 1º DE TRANSITO DE SAN SALVADOR)

1. ¿En qué consiste la figura del Concurso aparente de Leyes?

El sistema normativo no es hermenéutico es decir no es cerrado. Hay conductas ilícitas del ser humano que son muy parecidas, así como supuestos normativos, la diferencia es mínima de los hechos ilícitos. Ej. El delito de Robo con el delito de Hurto. El concurso Aparente de leyes está regulado por dos o más supuestos normativos que regulan un mismo hecho y pareciera más aun que los supuestos la regulan de diferente manera, por lo que hay un choque de norma y hay que

aplicar la que mejor resulta el problema, la labor del aplicador de la norma es identificar cual es la norma que más se adecua o la que de mejor manera encaja, lo que existe en un vacío en la aplicación de dicha figura. Hay que tener en cuenta que en dicho tema entra lo que es la interpretación de la norma que es por medio del cual puede ser resuelto. Y lo encontramos en el Art. 7 Pn. En síntesis el Concurso Aparente de leyes consiste en que diversos supuestos concurren a regular una misma conducta.

2. ¿A partir de qué año se regula en nuestro Código Penal el Concurso Aparente de Leyes? ¿Y Porque?

No podría decir a ciencia cierta el año en que se regulo el Concurso Aparente de Leyes, pero puede que sea con la entrada en vigencia del Código penal de 1998. Aunque en 1974 ya se hablaba de Concursos y tendría que haberse regulado.

3. Han existido casos en los cuales las partes no hayan alegado dicha figura siendo evidente su existencia y le haya tocado a usted pronunciarse sobre ello:

Si. En virtud del Principio Constitucional, debe de hacerse. Muchas veces las partes puede que por desconocimiento de la figura, o por miedo no lo alegan, ejemplo de ello sería el Delito de Conducción Temeraria y Lesiones. Hay un hecho culposo (muerte) o la conducción temeraria, a lo mejor la conducta temeraria, se violenta la señal de transito y es lo que dio a lugar a las lesiones y quedan las lesiones, tiene que haber una subsunción y despenalización es decir una reunión de conductas.

4. ¿Considera usted que la figura del Concurso Aparente de Leyes se aplica en nuestro medio?

SI NO PORQUE:

Aunque sucede que las partes por ignorancia, pereza, no se quieren meter en eso. Y los jueces muchas veces se apegan a la labor de los fiscales y se acomodan, no hay esa labor de tratar de darle vigencia, pero hay que hacerlo por el Principio de Legalidad y por respeto a la Constitución.

5. ¿Cuáles son las consecuencias de no aplicar la figura del Concurso Aparente de Leyes?

La administración de justicia se ve desmejorada, porque si el aplicador del Derecho no trata de encausar la conducta como corresponde se va mal, la justicia debe de ser respetuosa a la ley y a la Constitución.

Otra de las consecuencias es que las garantías procesales del imputado se ven violentadas.

LIC. GILBERTO MELARA (JUZGADO DE INSTRUCCIÓN DE MEJICANOS)

1. ¿En qué consiste la figura del Concurso aparente de Leyes?

La figura consiste en el Conflicto de ubicar dos infracciones, respecto de la relación que pueda existir entre ellas para determinar cuál de las dos debe de subsistir por sobre la otra.

2. ¿A partir de qué año se regula en nuestro Código Penal el Concurso Aparente de Leyes? ¿Y Porque?

Entro en vigencia en 1998, en a cual encuentra su asidero legal. El Código penal anterior hablaba solo de concursos, pero era necesario establecer que entre dos circunstancias, cual es la que realmente debería subsistir, no es que no fuese aplicable, los jueces cambiaban calificaciones.

Se regulo también para darle validez

- 3. Han existido casos en los cuales las partes no hayan alegado dicha figura siendo evidente su existencia y le haya tocado a usted pronunciarse sobre ello:**

Infinidad de casos.

- 4. ¿Considera usted que la figura del Concurso Aparente de Leyes se aplica en nuestro medio?**

SI x NO PORQUE:

Por las incongruencias en la invocación de figuras diferentes en su vinculación. Ejemplo de ello las Amenazas y Lesiones. Las amenazas su finalidad es poner en peligro. Las amenazas dejan de existir para subsistir las lesiones

- 5. ¿Cuáles son las consecuencias de no aplicar la figura del Concurso Aparente de Leyes?**

Las consecuencias serian una pobre apreciación de los tipos penales. Hay una afectación al reo porque puede haber una doble penalización es decir penar dos veces por la misma causa). Ejemplo: el Delito de Estafa y Falsedad el delito que subsiste es el Delito de Estafa.

3.11 ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS REALIZADAS A LOS JUECES DE LO PENAL.

Según las entrevistas realizadas a los Jueces de lo Penal, tenemos que en nuestro medio el Concurso Aparente de Leyes es una figura que se encontraba tácitamente a partir del Código de 1974. Posteriormente, y para efectos de darle una solidez y establecer los parámetros que debían

regirlo, se establece en el Código de 1998, bajo el artículo 7 del Código Penal.

Respecto de la aplicación del concurso aparente de leyes, consideran que en efecto esta figura si se aplica en nuestro medio, si bien existen tanto fiscales como abogados defensores y querellantes que no la utilizan, es parte del deber constitucional del juez de advertir estos hechos, para garantizar el debido proceso y las garantías del imputado.

Aunque algunos jueces, por comodidad o por apegarse a lo que mal entendida se tiene como labor del fiscal, es decir, que entre más delitos y mas pena se le imponga al reo, mejor es el trabajo realizado, no advierten esta figura en los casos que se les presentan, tal y como pudimos observar en las sentencias analizadas anteriormente, en las cuales los hechos acusados llegaron hasta la etapa de sentencia, en la que se advirtió de la existencia de un concurso aparente de leyes, siendo posible realizarlo dentro de la audiencia inicial o en la audiencia preliminar.

Según los jueces entrevistados, las consecuencias inmediatas al no aplicar el concurso aparente de leyes son: la vulneración al principio del ne bis in ídem, y por lo tanto la administración de justicia se ve desmejorada, en el sentido que se perjudica al imputado al castigársele dos veces por una misma causa, imponiéndosele un castigo mas gravoso del que le corresponde.

Consideramos que la visión más objetiva para comprender la aplicación del concurso aparente de leyes en El Salvador, es la que podemos obtener de los jueces, ya que ellos al ser los responsables de la administración de justicia en el país, y al tener contacto con los fiscales, procuradores, defensores particulares y los querellantes, dentro de los numerosos casos sometidos a su cargo, nos proporcionaron una visión más cercana a la realidad de la aplicación de la figura. En algunos casos muchos fiscales pueden conocer del concurso aparente de leyes, pero

como ya se menciono antes, la labor del fiscal es mal entendida como aquella orientada a conseguir más penas y mas castigos al imputado, y es por ello que deciden tomar los delitos por separado, sumado a esto el desconocimiento por parte de algunos procuradores y abogados particulares, o por simple acomodamiento y por no realizar un análisis más minucioso de los casos, nos conduce a que en algunos casos se omita aplicar esta figura tan importante para nuestro sistema penal.

“CAPITULO CUATRO”

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 CONCLUSIONES

Después de realizada la investigación de campo, y de analizar los resultados obtenidos, finalizamos nuestra investigación concluyendo lo pertinente en relación a la confirmación o la negación de nuestra hipótesis general y las hipótesis específicas.

Por lo tanto, después de investigar la aplicación del concurso aparente de leyes por parte de los operadores del sistema penal, concluimos:

1. Que el trabajo realizado fue satisfactorio debido a que se logro obtener la información que nos habíamos planteado desde un inicio, pues logramos evidenciar que es un tema bastante complejo y existe mucha información doctrinal al respecto, pero el problema radica en que son libros que se encuentran dispersos en las bibliotecas de la Corte Suprema de Justicia y la del Consejo Nacional de la Judicatura, y son muy difíciles de encontrar pues al cierre de esta investigación los libros consultados no se encuentran en el sistema computarizado y se requiere una búsqueda tediosa y en ocasiones se tuvo que recurrir a la utilización de temas relacionados (como el concurso de delitos) para encontrar el concurso aparente de leyes , por lo que al detallar la bibliografía utilizada durante el desarrollo de la presente investigación, cumplimos uno de los objetivos que nos planteamos desde el inicio de nuestro trabajo: el de brindar una herramienta para el entendimiento de la figura del concurso aparente de leyes con todas las referencias bibliográficas encontradas y haciendo más fácil la obtención de información de nuestro tema, ya que como pudimos

evidenciar, en la biblioteca de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de nuestra Universidad no habían trabajos de graduación dedicados al concurso aparente de leyes, por lo que queda solventado este vacío teórico dentro de nuestra facultad.

2. Que el Concurso Aparente de Leyes es una figura que consiste en que un hecho puede ser susceptible de ser calificado por dos o más preceptos, los cuales se sancionaran tomando en cuenta las reglas de especialidad, subsidiariedad y consunción, principios que deben ser entendidos y analizados por cada uno de los operadores del sistema penal salvadoreño, para garantizar una administración de justicia eficaz y que no vulnere las garantías de los imputados.

En cuanto a la denominación de la figura, debemos concluir que estamos de acuerdo con aquellos juristas que prefieren llamarlo concurso aparente de delitos o concurso aparente de tipos penales.

Esto es por las razones siguientes: la ley según la definición del Código Civil es aquella voluntad soberana que manda, prohíbe o permite determinadas conductas, en este orden de ideas la ley penal es aquella que se encarga de regular conductas que son prohibidas y las cuales al realizarse conllevan una sanción. Éstas conductas contenidas en el Código Penal son denominadas delitos que son conductas típicas, ya que están descritas en la ley, antijurídicas, porque al realizarlas se vulnera la ley, culpables, ya que se realizan ya sea por dolo o mal intención y culpa o negligencia, y punibles ya que se retribuyen con una sanción, la más grave de ellas es la pena privativa de libertad.

Como podemos ver entre ley y delito existe una relación de género a especie, siendo la ley el género y la especie el delito, ya que hablar de ley hace referencia a una totalidad que engloba diferentes delitos como

puede ser la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos y la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas. Por otro lado, ley se entiende en sentido restringido como aquella que proviene del órgano legislativo, y en sentido amplio se entiende todas aquellas directrices emanadas del poder ejecutivo en este caso los decretos ejecutivos, y de los gobiernos municipales como lo son las ordenanzas municipales y la fijación de tasas e impuestos.

Por lo tanto al hablar de ley podemos hacer referencia a ley penal, ley ambiental, ley administrativa, etc., y al utilizar el nombre de concurso aparente de leyes da la impresión de que lo que aparentemente concurre es un cuerpo normativo completo como lo podría ser el Código Penal y la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, cosa completamente diferente a lo que en realidad regula la figura que como explicamos en anteriormente responde a problemas de interpretación cuando es posible enmarcar una conducta bajo varios tipos penales o delitos que se excluyen entre si y que no constituyen un concurso de delitos.

En el concurso aparente de leyes, lo que aparentemente concurre no es una ley con otra, sino delitos, por lo que concluimos que debería cambiársele el nombre, aunque la denominación anterior ha tenido gran acogida por parte de la doctrina y en muchos de los libros, (excepto en los textos españoles en los que ya le llaman concurso aparente de tipos penales) se sigue utilizando el nombre de concurso aparente de leyes, incluyendo el artículo siete del Código Penal Salvadoreño en vigencia.

Por otro lado en algunos casos, la línea que separa al concurso aparente de leyes del concurso de delitos es muy delgada y sutil. Una de las interrogantes que nos planteamos en su debido momento fue: ¿Cómo diferenciar el concurso aparente de leyes del concurso ideal, en especial del denominado concurso medial?, la respuesta la obtuvimos al comparar

la teoría con la práctica: cuando realmente se tenga que los delitos deben concurrir para penalizar el hecho, se estará en presencia del concurso ideal, además de ello se debe valorar el aspecto de qué tipo de bien jurídico es violentado. Si en un hecho el existe violentación de un bien jurídico distinto de otro, utilizándose un delito como medio para cometer otro, estaríamos en presencia de un Concurso Medial a menos que pueda resolverse con las reglas del Concurso Aparente de Leyes pues como lo hemos visto también en los caos de los Delitos Progresivos pueden confundirse con el Concurso Medial, corresponderá al interprete de la norma establecer cuando existe un concurso de delitos o de leyes, utilizándose como lo hemos dicho los criterios que han quedado plasmados en este trabajo para la unidad de acción, pero si en el mismo hecho se vulnera un bien jurídico de la misma especie, solo que en grado diferente estaremos ante la presencia de un concurso aparente de leyes, ya que un solo tipo es necesario para la total penalización del hecho, ya que engloba la el desvalor presente en el otro delito.

También debe tomarse en cuenta para establecer cuando hay un concurso real o aparente de leyes, lo planteado en la teoría de la progresión criminosa, la que se menciona en este trabajo, en lo relativo a los delitos de pasaje y a los delitos progresivos, pues en algunos casos hay mas de una acción que pueden lesionar diferentes bienes jurídicos, pero atendiendo a las circunstancias del hecho deberá establecerse si es un concurso real o existe un determinada relación entre los tipos, lo que es resuelto por el concurso aparente de leyes.

Debemos mencionar que en los supuestos del concurso aparente de leyes, también pueden darse varias acciones y no es necesario que solo exista una unidad de acción como la del concurso ideal, idea que es compartida por la doctrina española, es el caso de una de las sentencias analizadas en que el delito de privación de libertad y el homicidio fueron

dos acciones diferentes pero entraban en el caso del concurso aparente de leyes.

3. Que el Concurso Aparente de Leyes es una figura que presenta aplicación en nuestro medio por parte de los operadores del sistema penal salvadoreño en especial por parte de los jueces que son los que mas se preocupan por analizar los casos que son sometidos a su competencia, pero es aplicada de manera deficiente, es decir que algunos operadores la aplican y otros no por lo que en algunos casos no se utiliza. En muchas situaciones en las que se requiere un análisis más minucioso de las conductas, para después proceder a su adecuación a los tipos penales correspondientes, este análisis imperativo para la parte acusadora y la defensora, no se lleva a cabo, por varias razones: la principal es la falta de conocimiento de la figura del concurso aparente de leyes y la pereza o acomodamiento que algunos fiscales y procuradores públicos e incluso jueces tienen a la hora de estudiar los casos, situación que resulta comprensible pues tienen una carga de trabajo muy fuerte, además de la distorsión que presenta la función del fiscal, entendida erróneamente como un llamado a la obtención de penas y castigos más fuertes para los delincuentes.

Por otro lado existen jueces que se acomodan a lo que las partes les piden, sin que hagan uso de su potestad como administradores de justicia y no advierten la utilización de la figura en los casos pertinentes.

Los datos obtenidos de las encuestas a los Fiscales arrojaron que ellos si conocen de la figura, pero resulta contradictorio que la conozcan, y al momento de realizar las acusaciones las presenten con dos o más delitos, cuando es posible realizarlo solo en uno de ellos, también consideramos contradictorios las respuestas que nos brindaron al momento de preguntar si los principios de proporcionalidad de la pena y el de ne bis in ídem se ven violentados si no se aplica el concurso aparente de leyes, como se

dijo anteriormente, la mayoría de los fiscales creen que efectivamente así es, pero al momento de acusar, según los jueces entrevistados, existen muchos de ellos que prefieren tomar los delitos por separado, algunos de ellos consideran que el art. 7 es letra muerta y que no se aplica, como lo consideran los abogados en su libre ejercicio.

Por otra parte es necesario mencionar que algunos fiscales argumentan que los delitos de peligro no pueden incorporarse a los delitos de resultado, como los son las amenazas respecto de las lesiones y la tenencia o portación de arma de fuego con el homicidio o con el robo agravado, lo que nos sigue señalando que no conocen la elaborada doctrina que existe alrededor de este tipo de casos por ejemplo las sentencias que analizamos y que sirvieron de muestra ,en las que se establece claramente la justificación de incorporar el delito de peligro al de resultado, siguiendo también las doctrinas sobre el hecho previo impune y la progresión criminosa; es debido al razonamiento de estos fiscales es que acusan los delitos separadamente.

Debemos concluir que nuestra hipótesis queda comprobada en el sentido que se tiene un grado de desconocimiento significativo por parte de los procuradores públicos, fiscales, defensores particulares, y querellantes del concurso aparente de leyes y la elaborada doctrina que trata acerca de esta figura, tal y como lo habíamos planteado al momento de realizar la investigación, pero a su vez nuestra hipótesis queda refutada en el sentido que pudimos comprobar que si existe aplicación del concurso aparente de leyes por parte de los operadores del sistema penal que si la conocen en especial jueces, y no como lo suponíamos (que existía muy poca utilización o ninguna).

4. Continuando con la verificación o refutación de nuestro sistema de hipótesis tenemos que el Principio de Proporcionalidad de la Pena es violentado al no aplicarse el Concurso Aparente de Leyes, en el sentido que a una persona se le pueden imponer dos o más penas por el mismo delito, es decir se le estaría imponiendo una pena mayor al imputado a la que realmente le corresponde, por lo que nuestra hipótesis específica queda comprobada, esto es según los datos obtenidos de los procuradores, fiscales, abogados y jueces entrevistados.

El principio del ne bis in ídem, es decir, la prohibición de no castigar dos veces al individuo por un mismo hecho es efectivamente violentado al no ser aplicado el concurso aparente de leyes penales.

Debemos establecer que algunos fiscales y procuradores no conocen las dimensiones de protección que posee dicho principio: el ne bis in ídem, no solamente protege a la persona de que se le juzgue nuevamente por un mismo hecho, esa es la dimensión procesal, que evita que se abra un juicio bajo los mismos hechos que ya fueron juzgados anteriormente. Pero, castigar dos veces un mismo hecho recae también en la doble penalización que ocurre cuando una conducta es valorada con dos o más tipos penales, bastando, como ya lo explicamos en nuestro trabajo, con solo uno de ellos para castigar en su totalidad el hecho realizado, por lo que debe entenderse que el ne bis in ídem es más amplio es su esfera de protección del individuo.

El concurso aparente de leyes es una herramienta que obliga al operador del sistema penal a que se utilice solo una norma para calificar a aquellas conductas que aparentemente son enmarcadas en diferentes tipos penales y sólo uno de ellos es necesario para cubrir el desvalor de dichas conductas, esto quiere decir que el concurso aparente también funciona como una limitante a la utilización de la norma penal, evitando un abuso

en su utilización para proteger al individuo e impedir que se le castigue de forma más gravosa a la que le corresponde y acorde a lo establecido por la Constitución de la República que la pena sea orientada a la resocialización del individuo, cosa que no se logra con imponer penas largas que llevan a la persona a pasar prácticamente toda su vida útil dentro de un penal.

Nuestra hipótesis general queda comprobada en el sentido que si se produce una utilización en exceso de la ley penal en aquellos casos en que no se aplica el concurso aparente de leyes, que como ya lo explicamos antes lamentablemente existen casos en nuestro país en que ninguna de las partes ocupa esta figura, utilizándose tipos penales innecesarios para calificar una sola conducta que puede ser valorada con una sola norma.

De lo anterior se colige que el perjudicado por la falta de aplicación del concurso aparente de leyes es el imputado, sus garantías se ven violentadas, por lo que es necesario que los operadores del sistema penal sean conscientes de esta situación y se preocupen más por analizar los hechos antes de proceder con una calificación, y en palabras de uno de los jueces entrevistados, se debe trabajar para que la administración de justicia no se vea desmejorada.

4.2 RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los Operadores del Sistema Penal Salvadoreño, en especial a los Fiscales, Procuradores Públicos y Abogados que trabajan en el área penal a estudiar o informarse más sobre el Concurso Aparente de Leyes, debido a que hoy en día hay muchos de ellos que no conocen mucho acerca de dicha figura o la aplican de mala manera, y al final quien sale más perjudicado es el imputado y como tal se le tienen que respetar las garantías procesales que posee.

A los jueces se les hace el llamado a estar más atentos a la función realizada por el Ministerio Público y los abogados particulares, como administradores de justicia deben estar vigilantes y no acomodarse a lo que las partes les pidan, como su trabajo se los exige deben procurar cumplir y hacer cumplir la Constitución de la República, es decir garantizando un proceso en el que se le respeten todas y cada una de las garantías penales a los imputados, debiendo aplicar de oficio en los casos que se deba aplicar el concurso aparente de leyes.

2. Se recomienda de manera particular a las Instituciones de la Fiscalía General de la República y a la Procuraduría General de la República, fomentar entre sus empleados una actitud cordial frente a los estudiantes de derecho. Durante el desarrollo de la presente investigación se tuvo el inconveniente de que a algunos de los fiscales y procuradores no les agrado mucho que las estudiantes los cuestionáramos acerca del tema, y se mostraban renuentes a responder nuestras encuestas.

Creemos que es muy importante que dichas instituciones funcionen de manera abierta a la población estudiantil, ya que solo en la práctica se adquiere el conocimiento que forja de manera permanente al futuro abogado, es mediante las experiencias de los que ya son profesionales

con amplia trayectoria, es que nosotros los estudiantes aprendemos más que leyendo libros. Si bien es cierto que la doctrina de los consagrados juristas es de vital importancia, lo es más conocer cómo se comporta la teoría llevada a la práctica diaria, tal y como lo hacen Fiscales y Defensores Públicos y Privados, por lo que deben tener esa actitud sabia de enseñar al que no sabe y comprender que sin su ayuda no es posible profundizar en el conocimiento de la realidad jurídica salvadoreña.

También se le hace el llamado a estas instituciones para que se preocupen por capacitar más a su personal en temas de derecho penal y en la medida de lo posible contratar más fiscales y procuradores, pues dentro de la investigación se pudo comprobar que la carga de trabajo que ellos tienen influye al momento de analizar los casos, análisis que muchas veces no se realiza bien por la falta de tiempo y de organización de los fiscales y procuradores, algunos de ellos con más de cincuenta casos diarios en su trabajo.

3. Se recomienda a la Universidad de El Salvador, en especial a la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, a incentivar a los estudiantes de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas a estudiar y analizar en profundidad temas como el concurso aparente de leyes penales y otros en materia penal; estamos conscientes que el tiempo en las aulas es insuficiente para agotar los temas de la dogmática penal, por lo que los estudiantes que tengan el propósito de convertirse en verdaderos profesionales del derecho deben investigar y empaparse de la rica doctrina penal que existe, aunque dispersa, en nuestro país, para que cuando sean abogados, fiscales o procuradores públicos, realmente contribuyan para la formación de una verdadera y eficiente administración de justicia. Además de proporcionarse de mas material bibliográfico que traten el tema del Concurso Aparente de Leyes, ya que si bien es cierto a lo largo de la investigación nos pudimos dar cuenta que es una figura

poco estudiada, es necesario que se cuente con bibliografía para que los estudiantes conozcan de ella y no simplemente sepan que está regulado en el Código penal sin saber el porque de ello, y así en un futuro saber utilizarla de la mejor manera cuando se requiera.

4. A los estudiantes de Ciencias Jurídicas de la facultad de la Universidad de El Salvador en especial aquellos a los que les apasione el derecho penal, se les recomienda fomentar una actitud crítica e investigativa de los temas que se les imparten en las cátedras de la materia, ya que como se podrán dar cuenta los lectores del presente trabajo de graduación, son temas que deben de conocerse de primera mano, consultando bibliografía y analizándolos a fondo y no basta con lo que se estudia en el aula; no es actitud del verdadero estudiante esperar que el docente sea el que le imparta todo el conocimiento, el docente es el facilitador del aprendizaje y el que se encuentra en posición de corregir errores y defectos del alumno, es el estudiante verdaderamente comprometido el consciente de que depende solo de él ser un buen profesional, por lo tanto se debe tener una actitud responsable y ser parte de aquellos que lucharon por lo que querían gracias a ello lo lograron.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ARCE AGGEO, MIGUEL ÁNGEL. **“Concurso de Delitos en materia penal”**. Editorial España, Año 1996

BERDUGO GÓMEZ IGNACIO Y OTROS, **“Lecciones de Derecho Penal, Parte General”**, Editorial Praxis, Barcelona España, Año 1995

CALDERÓN CEREZO, ÁNGEL. **“Unidad y Pluralidad de Delitos”**. Cuadernos de Derecho Judicial. 1º Edición. Año 1997.

CASTELLANOS FERNANDO. “Lineamientos Elementales de Derecho Penal, parte general”; vigésimo tercera edición prologo a la primera edición por el Dr. Celestino Porte Pet Candaudap. Editorial PORRUA, S.A. Av. República Argentina, 15 México, 1986.

CASTILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO. **“Concurso De Delitos en el Derecho Penal Costarricense”**. Derecho penal. 1981

CUELLO, JOAQUÍN. **“Derecho Penal Español, parte general, Nociones Introductorias. Teoría del Delito”**. 1º Edición. 1998

CUERDA RIEZU. **“Concurso de Delitos y determinación de la Pena”**. Técnicos Madrid, 1992

DÍAZ PALOS, F. **“El Delito continuado en comentarios a la Legislación Penal”**. Tomo V, volumen I. Madrid 1985.

GARRIDO MOTT MARIO. **“Nociones Fundamentales De La Teoría Del Delito”**, Buenos Aires Argentina. Año 1996

IBÁÑEZ G, ANTONIO. **“Concurso de Delitos. La culpabilidad: estudios de derecho penal general”**. Edición Argentina, Año 1991

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. **Le ley y el Delito. Principios de Derecho Penal**. Editorial Hermes, México Buenos Aires 2ª Edición, Marzo De 1954.

MIR PUIG, SANTIAGO. **Derecho Penal, Parte General**. Barcelona España, 1990.

MORENO CARRASCO, FRANCISCO. **“Código penal de El Salvador comentado.”** Año 1998.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. **“Derecho penal, parte general “. 2º** Edición, año 1996

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. **“Teoría general del Delito”**. Barcelona, España., 1972

NOVOA MONREAL EDUARDO, **“Curso de Derecho Penal Chileno”**, Primera Edición, editorial Jurídica de Chile, año 1960.

NÚÑEZ RICARDO C. **“Manual de Derecho penal, parte General”**, 3ª edición, editorial Córdoba 1981, Argentina.

PESSEA, NELSON R. **“Concurso de Delitos, teoría de la Unidad y Pluralidad Delictiva. Derecho penal.”** Argentina, 1996

ORDEIG GIMBERNAT ENRIQUE, **“La Comisión por Omisión”**, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid. 1994

QUINTERO OLIVARES, G. **“Derecho penal, parte General “. 2º** Edición, Madrid, España, año 1989

RODRÍGUEZ DEVESA. **Derecho Penal Español, parte general**, 1989. MADRID.

SANZ MORAN, ÁNGEL. **“El concurso de Delitos.”** Valladolid, Universidad de Valladolid 1986

TERÁN LOMAS, ROBERTO A.M. **Derecho Penal Parte General**. Tomo II, Editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo De palma Lavalle 1208. Buenos Aires, Argentina. 1980

TREJO, MIGUEL ALBERTO, ARMANDO ANTONIO SERRANO, ANA LUCILA FUENTES DE PAZ Y OTROS. **“Manual de Derecho Penal. Parte General”**. Centro de Información Jurídica. 1ª Edición 1992. El Salvador

TESIS

REALES GUTIÉRREZ, ANA MERCEDES, ANGÉLICA MORALES. “La Aplicación del Delito Masa en el Código Penal Salvadoreño”.
Universidad de El Salvador. Marzo 2007.

LEGISLACION

Constitución de El Salvador. Decreto Legislativo N° 38. Diario oficial N° 234. Tomo 281. Publicación en el Diario Oficial 16/12/1983

Código Penal. Decreto Legislativo N° 1030. Diario Oficial N°105. Tomo 335. Publicación en el Diario Oficial 10/06/1997

Exposición de motivos del Código Penal de 1998.

ANEXOS

ANEXO Nº 1.

Realización de formas menos graves y más graves en un mismo hecho.

Hay relación de subsidiariedad de las conductas, cuando una misma persona en una misma acción, tiene una forma leve y una forma grave de participación. Así, si alguno presta ayuda para la realización del delito del cual es instigador, la instigación desplaza a la a la complicidad; si instigó a otro a la realización del hecho del cual es coautor, el agente responde de la coautora. Lo mismo vale cuando hay delito de comisión por omisión: si el padre instiga a la madre a dejar perecer al niño, responde como autor del delito.

Del mismo modo es subsidiario el hecho culposo con relación al hecho culposo con relación al mismo hecho doloso realizado por el mismo agente, con relación al mismo objeto material de la acción. Así un individuo por culpa cauda un incendio, pero que dolosamente no lo extingue, la forma mas grave desplaza a la forma culposa.

Los delitos de pasaje, se entienden aquellos que son etapas previas de la realización de un delito por lo cual pierden su significación independiente, en la medida en que ocurra en una etapa posterior una lesión mayor al bien jurídico tutelado. Estos delitos de pasaje son desplazados por el hecho posterior.

Pertenece a esta categoría el hecho previo impune y los delitos de peligro concreto con relación a los peligros de resultado.

Ocurre a menudo que hay dos acciones penalmente relevantes, las cuales se relacionan de tal modo que una de ellas no es punible porque la otra, posterior, contiene todo el contenido injusto de la primera, la primera acción se denomina hecho previo impune, porque es con relación al hecho posterior que debe apreciarse todo el peso y el desvalor del hecho punible total.

Por último, son casos de subsidiariedad tácita el hecho simultáneo impune y el hecho posterior impune. Una parte de la doctrina alemana conserva el principio de consunción únicamente para estos casos.

En el hecho simultáneo impune se trata de casos en que la realización de un tipo penal está unida, no de manera necesaria, pero sí por regla general, a la realización de otro tipo penal, debido a lo cual la pena para el delito secundario está contenida en la del hecho principal. La existencia de un hecho contemporáneo impune debe examinarse, en la concurrencia de dos tipos penales, conforme a las reglas de la interpretación, porque tal relación debe apreciarse en concreto, así el delito de daños es impune con relación al delito de robo.

El hecho posterior impune se entiende aquel comportamiento que realizando un tipo penal, tiene por finalidad disfrutar, valorar o asegurar una posición que fue obtenida mediante la comisión de un hecho delictuoso. Ambos comportamientos valorados en conjunto, constituyen una unidad, porque el desvalor del hecho posterior impune, que no lesiona un nuevo bien jurídico, es absorbido por el desvalor del hecho principal.

ANEXO Nº 2

interpretación errónea del concurso aparente de leyes

166-02

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las ocho horas del día dieciocho de febrero de dos mil tres.

El anterior recurso de casación ha sido interpuesto por el Licenciado Julio Cesar Aguilar Zamora, en su calidad de Agente Auxiliar del Fiscal General de la República, contra la sentencia definitiva condenatoria, pronunciada por el Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador, a las doce horas del día siete de mayo de dos mil dos, en el proceso penal instruido contra el imputado **RICARDO ERNESTO SÁNCHEZ MARTINEZ**, por el delito de **ROBO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA**, Arts. 212 y 213 No.3 en relación con el 24 y 68 todos del Código Penal, en perjuicio patrimonial del señor Walter Alexander Martínez.

Por resolución de este tribunal, pronunciada a las nueve horas del día diez de diciembre de dos mil dos, se previno al recurrente que subsanara las omisiones advertidas en su escrito de interposición, prevención que fue evacuada dentro del término señalado en la ley.

Habiéndose cumplido con las formalidades previstas para la interposición admítase.

RESULTANDO:

Que mediante sentencia de las doce horas del día siete de mayo de dos mil dos, el Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador, resolvió: "...
POR TANTO: Sobre la base de lo expuesto y disposiciones relacionadas, de conformidad con los Arts.11, 12, 14 y 181 de la Constitución de la República, 1, 3, 4, 5, 7, 12, 24, 27 No.4, 29 No.5, 32, 33, 44, 45, 46, 47,

57, 58, 62, 63, 64, 68, 114, 115, 116, 212, 213 No.3º. y 346-4 del Código Penal, Artículos 1, 2, 3, 4, 6, 9, 10, 15, 19 numeral 1º, 53 No.6 y 11, 87, 88, 162, 184, 260, 345, 346, 347, 348, 353, 354, 357, 361 y 441 del Código Procesal Penal, y 43 de la Ley Penitenciaria, en nombre de la República de El Salvador este Tribunal por UNANIMIDAD, FALLA: I.- SE DECLARA AUTOR DIRECTO Y RESPONSABLE AL SEÑOR RICARDO ERNESTO SÁNCHEZ MARTINEZ, de las generales antes expresadas, en su calidad de AUTOR DIRECTO del DELITO DE ROBO AGRAVADO TENTADO, en perjuicio patrimonial del señor WALTER ALEXANDER MARTINEZ TORRES; en consecuencia CONDENASELE a la pena privativa de libertad de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, quien por encontrarse privado de su libertad desde el día TRECE de ABRIL del año DOS MIL UNO, cumplirá la pena en su totalidad el día DOCE de ABRIL del año DOS MIL CINCO. II. CONDENASE como pena accesoria a la pérdida de los derechos de ciudadano durante el tiempo que dure la pena de prisión. III. CONDENASE AL SEÑOR RICARDO ERNESTO SÁNCHEZ MARTINEZ, a pagar en concepto de responsabilidad civil cantidad de UN MIL COLONES, al señor WALTER ALEXANDER MARTINEZ TORRES; por los perjuicios y daño psicológico ocasionados; IV. SE LE ABSUELVE DEL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES las cuales correrán a cargo de la República de El Salvador. V. Habiendo recaído una sentencia condenatoria existe más el riesgo de fuga del imputado, así como no se han modificado las condiciones por las cuales se decretó la medida cautelar de privación de libertad, por lo que continúe el imputado antes relacionado en las medida cautelar privativa de libertad, en la cual se encuentra en el Centro Penal respectivo; en tanto no quede firme esta sentencia. Líbrense los oficios correspondientes al Juzgado Primero de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena de esta ciudad. De no interponerse recurso alguno oportunamente, esta Sentencia quedará firme y ejecutoriada de acuerdo al Artículo 133 del Código Procesal Penal. VI. DEVUELVASE la cantidad de TREINTA Y OCHO COLONES CON

CINCUENTA CENTAVOS DE COLON, Y DOS DOLARES CON TREINTA CENTAVOS DE DÓLAR al señor WALTER ALEXANDER MARTINEZ TORRES. VII. ORDENASE LA DESTRUCCIÓN en su oportunidad, del arma hechiza de fabricación casera puesta a la orden de este Tribunal en concepto de decomiso y al efecto líbrese el oficio correspondiente. En su momento archívense las presentes diligencias. Quedando notificados las partes presentes en legal forma mediante la lectura íntegra de esta Sentencia...".

2.- Contra el anterior pronunciamiento el abogado Julio César Aguilar Zamora, Agente Auxiliar del Señor Fiscal General de la República interpuso recurso de casación reclamando que la sentencia aplica en forma errónea el Art.7 del Código Penal al haber subsumido el delito de Fabricación, Portación, Tenencia o Comercio Ilegal de Armas de Fuego, o explosivos caseros o artesanales en el delito de Robo Agravado en Grado de Tentativa, basándose en el Art.7 del Código Penal.

3.-El recurrente fundamenta el motivo de casación en los términos siguientes: "... Se estableció en juicio que la escopeta hechiza que utilizó el imputado estaba en perfecto estado de funcionamiento, y que era el imputado quien la portaba, tan es así que el tribunal tuvo por acreditado ese delito, lo que no comparte la representación fiscal es que el tribunal haya subsumido dicho delito en el delito de ROBO AGRAVADO IMPERFECTO O TENTADO, basado en el art.7 del código penal, por dos razones:---PRIMERO: El artículo siete del código penal, habla que hay **concurso aparente de leyes**, cuando el hecho punible es susceptible de ser calificado en dos o mas preceptos penales siempre y cuando no estén comprendidos en los artículos cuarenta y cuarenta y uno del código penal, que se refiere al concurso ideal y concurso real de delitos, lo cual en el presente caso no se ha dado, ya que el delito de ROBO AGRAVADO, es un delito de resultado, y el delito de FABRICACIÓN, PORTACION TENENCIA O COMERCIO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO O

EXPLOSIVOS CASEROS O ARTESANALES, es un delito de mera actividad por lo cual en el presente caso es posible separar uno y otro delito y los mismos están contemplados en el Art.41 del Código Penal ya que se dieron dos acciones independiente entre sí; una: el hecho de portar arma hechiza; y dos: el hecho de utilizar esa arma hechiza para robar, por lo tanto no se da el **concurso aparente de leyes** tal como lo sostienen los jueces primero de sentencia, ya que la conducta del imputado se enmarca en el art.41 Pn, por lo tanto no puede aplicarse el **concurso aparente de leyes** y por consiguiente la subsunción de dicho delito.---SEGUNDO: Son delitos independientes, entre sí, y protegen bienes jurídicos diferentes, el delito de robo tutela el patrimonio de las personas y el segundo protege la paz pública, por lo tanto no puede subsumirse uno en otro delito...". Solicita se pronuncie sentencia enmendando la violación de la ley y se condene al imputado Ricardo Ernesto Sánchez Martínez, por el delito de robo agravado consumado y por el delito de fabricación, portación, tenencia o comercio ilegal de armas de fuego o explosivos caseros o artesanales.

4.- Este tribunal al analizar el fondo de la impugnación, parte del encuadramiento de los hechos y de los argumentos contenidos en la sentencia respecto a la aplicación de la figura del "**Concurso aparente de leyes**", aspecto cuestionado por el recurrente.

Con base a la doctrina penal entendemos que habrá **concurso aparente de leyes** penales cuando el contenido ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro y, por lo tanto, el autor ha cometido una lesión de la ley penal. Esta situación se da cuando en los tipos penales que serían aplicables al caso concreto existe una relación de especialidad, o de subsidiaridad, o de consunción. En otras palabras si la conducta del autor se subsume bajo varios supuestos de hecho -tipos penales- y el contenido delictivo, sin embargo, es absorbido con la aplicación de uno o de algunos

de ellos, de manera que los restantes se deben dejar de lado. Esta es la idea básica sobre la que reposa el **concurso aparente de leyes**: En este sentido la consecuencia práctica del concurso de leyes reside en que solo es aplicable la pena del delito que desplaza a los otros y, además, en la determinación de esa pena, no debe computarse otras violaciones de la ley cerrando de esa forma la posibilidad de un Bis In Idem.

De acuerdo con el relato histórico de los hechos aparece que el desapoderamiento ilegítimo se dio mediante el uso de arma, de tal manera que el disvalor que representa la conducta desplegada por el imputado Ricardo Ernesto Sánchez Martínez, forma parte del contenido injusto del Robo Agravado, Art.213.3 Pn, en ese sentido, con base en el artículo 7.3 Pn, se puede afirmar que la relación existente entre los dos tipos penales, Arts.213.3 y 346-A genera un concurso aparente de delitos que excluiría la aplicación autónoma del ilícito de Fabricación, Portación, Tenencia o Comercio Ilegal de Armas de Fuego o Explosivos Artesanales descrito en el Art.346-A Pn, quedando excluido el concurso ideal o real al realizarse el delito que desplaza al otro, por la relación de consunción entre ambos tipos penales.

En conclusión, la Sala aprecia que de acuerdo al cuadro de hechos expuestos en la sentencia de fondo, no cabe duda que la utilización del arma hechiza fue el medio necesario para lograr la intimidación y constituyó el acto final de violencia típica del robo agravado. De manera que en el caso concreto no se configura el error denunciado por el recurrente al encuadrar los hechos en el delito de robo agravado con exclusión del ilícito contenido en el Art.346-A Pn.

Con todo lo expuesto, esta Sala arriba a la conclusión de que no existe el vicio denunciado por el recurrente y en consecuencia debe desestimarse su pretensión.

POR TANTO: Con base en las razones expuestas, disposiciones legales citadas y Arts.50 Inc.2. No.1, 357, 421, 422 y 427 Pr.Pn., en nombre de la República de El Salvador, esta Sala **FALLA:**

Declarase que **NO HA LUGAR** a casar la sentencia de mérito por el motivo de fondo invocado.

184-CAS-2005

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las nueve horas y nueve minutos del día veinte de septiembre de dos mil cinco.

La licenciada **MARIA MAGDALENA SOLÓRZANO ERAZO**, en su calidad de Defensora Pública, interpuso Recurso de Casación, contra la sentencia definitiva condenatoria, pronunciada a las diecisiete horas y quince minutos, del día veintisiete de enero del corriente año, por el Tribunal de Sentencia de San Vicente, en el proceso penal instruido contra los imputados **WALTER ENRIQUE LÓPEZ GÓMEZ y WILBER ARMANDO ABREGO ABREGO ó WILMER ARMANDO ABREGO ABREGO.** Por los delitos de **HOMICIDIO AGRAVADO**, tipificado y sancionado en el Artículo 128 en relación con el Artículo 129 No. 3, ambos del Código Penal, en perjuicio de Manuel Antonio Moya Blas, y **ROBO AGRAVADO**, previsto y sancionado en el Artículo 212 en relación con el Artículo 213 Nos. 2 y 3, ambos del Código Penal, en perjuicio de Bladimir Alexander Martínez Turcios.

Examinado dicho recurso y cumpliendo con los requisitos de ley que se requieren para su debida interposición, se admite por el motivo invocado y se procede a pronunciar sentencia, de conformidad con lo prescrito en el Artículo 427, del Código Procesal Penal.

RESULTANDO:

I.- Que mediante la sentencia definitiva expresada en el preámbulo, se resolvió: "...**POR TANTO:** Con base a la prueba producida en juicio y sobre la base de los artículos 1, 2, 3, 11, 12, 14, 15, 172, 181, 191, 193, 235 y 246 de la Constitución de la República; artículos 1,2, 3, 4, 5, 13, 18, 19, 30, 32 y sgtes. 41, 114, 115, 128, 129 No. 3, 305, del Código Penal; arts. 1 al 4, 8, 9, 10, 15, 17, 18, 19 No. 1, 42 y siguientes, 53, 87, 88, 130, 162,220, 324 y sig., 329, 330, 338 y siguientes, 354 y siguientes, 361, y 447 del Código Procesal Penal, este Tribunal, por unanimidad, **EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE EL SAL VADOR, FALLA:**

a) **DECLÁRASE CULPABLE penal y civilmente a los señores WALTER ENRIQUE LÓPEZ GÓMEZ, y WILBER ARMANDO ABREGO ABREGO O WILMER ARMANDO ABREGO ABREGO,** de generales antes mencionadas, por los ilícitos penales de **HOMICIDIO AGRAVADO,** previsto y sancionado en el Art. 128 en relación al 129 No. 3 del Código Penal, en perjuicio de la vida de **MANUEL ANTONIO MOYA BLAS,** y por **el delito de ROBO AGRAVADO,** previstos y sancionados en los Arts. 212 en relación con el Art. 213 No. 2 y 3, ambos del Código Penal, en perjuicio patrimonial del señor **BLADIMIR ALEXANDER MARTÍNEZ TURCIOS,** en virtud de existir concurso real de delitos y haberse establecido la existencia del delito y su responsabilidad en grado de coautor es de los hechos acusados.

b) **CONDÉNASE** al señor **WALTER ENRIQUE LÓPEZ GÓMEZ,** a cumplir la pena principal de **TREINTA AÑOS DE PRISIÓN,** por el delito de **HOMICIDIO AGRAVADO,** previsto y sancionado en el Art. 128 en relación al 129 No. 3 ambos del Código Penal, en perjuicio de la vida de **MANUEL ANTONIO MOYA BLAS,** ya cumplir la pena principal de **OCHO AÑOS DE PRISIÓN,** por el delito de **ROBO AGRAVADO,** previstos y sancionados en los Arts. 212 en relación con el Art. 213 No. 2 y 3 ambos

del Código Penal, en perjuicio patrimonial del sellar **BLADIMIR ALEXANDER MARTINEZ TURCIOS**, penas que deberá cumplir sucesivamente, en base a las reglas del concurso real de delitos, Art. 71 Pn., y que en total suman **TREINTA Y OCHO AÑOS DE PRISIÓN**, pena que cumplirá el día dos de julio del año dos mil cuarenta y dos, sin perjuicio del cómputo que efectúe el señor Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de esta ciudad; y Condénase también a las **PENAS ACCESORIAS** siguientes, Pérdidas de sus derechos de ciudadano e incapacidad para obtener cualquier cargo o empleo público, ambas penas, por el tiempo que dure la pena principal.

c) CONDÉNASE al señor **WILBER ARMANDO ABREBO ABREBO O WILMER ARMANDO ABREGO ABREGO**, a cumplir la pena principal de **TREINTA AÑOS DE PRISIÓN**, por el delito de **HOMICIDIO AGRAVADO**, previsto y sancionado en el Art. 128 en relación al 129 No. 3 ambos del Código Penal, en perjuicio de la vida de **MANUEL ANTONIO MOYA BLAS**, ya cumplir la pena principal de **OCHO AÑOS DE PRISIÓN**, por el delito de **ROBO AGRAVADO**, previstos y sancionados en los Arts. 212 en relación con el Art. 213 No. 2 y 3 ambos del Código Penal, en perjuicio patrimonial del señor **BLADIMIR ALEXANDER MARTÍNEZ TURCIOS**, penas que deberá cumplir sucesivamente, en base a las reglas del concurso real de delitos, Art. 71 Pn., y que en total suman **TREINTA Y OCHO AÑOS DE PRISIÓN**, pena que cumplirá el día dos de julio del año dos mil cuarenta y dos, sin perjuicio del cómputo que efectúe el señor Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de esta ciudad; y Condénase también a las **PENAS ACCESORIAS** siguientes, Pérdidas de sus derechos de ciudadano e incapacidad para obtener cualquier cargo o empleo público, ambas penas, por el tiempo que dure la pena principal.

d) DÉJASE EXPEDITA LA ACCIÓN CIVIL, por los delitos de **HOMICIDIO AGRAVADO**, previsto y sancionado en el Art. 128 en relación al 129 No.

3 ambos del Código Penal, **en perjuicio de la vida de MANUEL ANTONIO MOYA BLAS**, y por el delito de **ROBO AGRAVADO**, previstos y sancionados en los Arts. 212 en relación con el Art. 213 No. 2 y 3, ambos del Código Penal, en perjuicio patrimonial cometido en contra **de BLADIMIR ALEXANDER MARTÍNEZ TURCIOS**, a fin de que se promueva las diligencias correspondientes para el reclamo de la responsabilidad civil como indemnización de los daños y perjuicios morales ocasionados a la ofendida señora Dolores Blas viuda de Moya, y víctima **BLADIMIR ALEXANDER MARTÍNEZ TURCIOS (...)**.

f) CONTINÚEN LOS PROCESADOS, en la Detención en que se encuentran en tanto no quede firme esta Sentencia, por el ilícito que este día ha sido juzgado.

g) NO HA Y CONDENA EN COSTAS PROCESALES, por no haberse incurrido en ellas.

h) HAGASE SABER la presente Sentencia al señor Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, con sede en ésta ciudad, para los fines legales correspondientes.

i) DECLARASE EJECUTORIADA, la presente Sentencia, si no se interpusiere recurso alguno.

j) NOTIFIQUESE (...)”.

II.- La impugnante, expresa un solo motivo de inconformidad. En cual en lo sustancial dice: " (...) Errónea aplicación del Art. 71 y consecuentemente de los Arts. 212, 213 No. 2 y 3; 128 y 129 No. 3 todos del Código Penal, según calificación jurídica de los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO Y ROBO AGRAVADO, que contiene la Sentencia Definitiva impugnada en el apartado del Romano VIII y IX literal b), ya que se ha condenado a los señores: WALTER ENRIOUE LÓPEZ GÓMEZ y

WILBER ARMANDO ABREGO ABREGO o WILMER ARMANDO ABREGO, como actores directos del delito de HOMICIDIO AGRAVADO (...) imponiéndole la pena de TREINTA AÑOS DE PRISIÓN Y por el delito de ROBO AGRAVADO, a sufrir la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, que en total sufrirán (sic) TREINTA Y OCHO AÑOS DE PRISIÓN CADA UNO DE LOS IMPUTADOS EN REFERENCIA; según la defensa se ha empleado erróneamente la norma en cuanto a la calificación jurídica de los delitos en comento, en el primero se refiere Que hay alevosía, premeditación o con abuso de superioridad, circunstancias que no se dieron y no fueron probadas, no existe ni presunción de alevosía, por tratarse que la víctima es mayor de edad, tampoco hay premeditación por que no existe un plan premeditado para cegarle la vida a la víctima señor Bladimir Alexander Martínez Turcios, y no hay visitas persistentes en el lugar donde sucedieron los hechos, para al menos establecer indicios que se planeaba un hecho delictivo. Otro de los motivos de emplear erróneamente la ley, específica mente el Art. 71 del Código Penal, es por que no es posible aplicar las reglas del concurso real de delitos que regula el Art. 41 del mismo cuerpo de ley, que en tal sentido hay erróneamente (sic) calificación jurídica de los delitos de Homicidio Agravado y Robo Agravado, declarando que son dos acciones independientes entre sí, considero que nos debemos acoger a lo regulado en el Art. 7 No. 3 del Código Penal, ya que el Art. 129 No. 8 del Código Penal regula el delito de Homicidio Agravado cuando fuere para facilitar el robar como primera acción, siendo atinado aplicar el principio de consunción que refiere que el delito más grave en cuanto a penas, absorbe o consume al delito de menor pena máxima aplicada, y siendo legal sólo conocer por el Homicidio Agravado que es el delito de cuya pena es mayor que el delito de Robo Agravado, pues así fue solicitado vía incidental por la defensa al momento de iniciar la Vista Pública, el cual fue declarado sin lugar; sin embargo, conciente del incidente aún estoy, ya que el Código Penal establece que una norma comprende en supuesto de

hecho de otra, por ser aquel más amplio en el desarrollo de la acción, tomando legislador el juicio de reproche de los que le quedan consumidos por él cuestión (sic) que se apega al presente caso (...)

III.- Por su parte, el licenciado Raúl García López, Agente Auxiliar del Fiscal General de la República, no contestó el respectivo emplazamiento.

IV.- la Sala luego de analizar el fondo de la impugnación, nota que el aspecto cuestionado por la recurrente es la aplicación en el caso de mérito de la figura del "Concurso Real de Delitos", ya que a su juicio debió emplearse el "Concurso Aparente de Normas", previsto en el Artículo 7, Número 3, del Código Penal.

Sobre ello, este tribunal casacional partirá del encuadramiento de los hechos y de los argumentos contenidos en el proveído, los cuales se encuentran a fs. 20 vto., en el que dice: **"FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA: Del resultado del desfile probatorio, este Tribunal ha llegado al convencimiento que de los hechos ocurridos el día dos de julio del dos mil cuatro, son: el señor MANUEL ANTONIO MOYA, se encontraba en compañía de sus hermanos JUAN HUMBERTO MOYA y MAURICIO ALEXANDER MARTÍNEZ MOYA ARAGON, así como con el señor BLADIMIR ALEXANDER MARTÍNEZ TURCIOS, en una ladrillera situada en el Cantón La Virgen, jurisdicción de Tepetitán, a la altura del kilómetro cincuenta y uno, sobre la carretera Panamericana siendo dicha ladrillera el lugar de trabajo de los mencionados señores. Como a las once y quince de la mañana de ese día llegaron dos sujetos a ese lugar uno alto y otro bajito con el supuesto objetivo de cotizar precios de ladrillos, atendiéndolos el señor Bladimir Alexander, quien le dio los precios de los ladrillos a uno de los sujetos, a quien le preguntó que cuanto iban a querer pero éste último le manifestó que primero consultara con su patrón ya que los quería para una casa pequeña, siendo en esos momentos**

que el sujeto bajito se metió la mano debajo de la camisa a la altura de la cintura, y sacando en el acto un arma de fuego, manifestándoles que no se movieran, que levantaran las manos, que se trataba de una asalto, obligando al instante a los señores Moya y al señor Martínez Turcios a que se agacharan, quienes obedecieron la orden de los dos sujetos, sacando a su vez el sujeto alto un arma de fuego tipo escuadra, quien también les manifestó que se trataba de un asalto, el sujeto alto preguntó que quien era el encargado o quien tenía el dinero del negocio, contestando Bladimir que era él por lo que el sujeto le dijo que le entregara la cartera, por lo que se sacó la cartera de inmediato, en la cual portaba la cantidad de **VEINTE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA**, y se la entregó al sujeto y éste la tomó rápidamente y se la introdujo a la bolsa del pantalón. Sucedido esto, inmediatamente ambos sujetos dispararon con las armas de fuego, que portaba en sus manos varias veces hacia la humanidad de Manuel Antonio Moya, que se encontraba agachado junto a los demás, habiéndolo dejado lesionado, corriéndose rápidamente los dos sujetos, mencionados del lugar, sobre la calle que conduce al beneficio de Acahuapa, mientras que Manuel Antonio falleció en el lugar en que se había agachado. a consecuencia de las lesiones producidas por los hechos".

De los anteriores hechos acreditados, la Sala no advierte un **Concurso Aparente** de Normas, pues para que éste se produzca es necesario como lo señala la doctrina penal que el contenido ilícito de un hecho punible ya esté inmerso en otro y, por lo tanto, el autor ha cometido una sola lesión de la ley penal. Esta situación se da cuando en los tipos penales que serían aplicables al caso concreto existe una relación de especialidad, o de subsidiaridad, o de consunción. En otras palabras, la idea básica sobre la que reposa el Concurso Aparente de **Leyes**, es que la conducta del

autor se subsume bajo varios supuestos de hecho -tipos penales- pero el contenido delictivo, sin embargo, es absorbido con la aplicación de uno o de algunos de ellos, de manera que los restantes se deben dejar de lado, dando como consecuencia práctica la aplicación única de la pena del delito que desplaza a los otros y, además, en la determinación de esa sanción, no debe computarse otras violaciones de la ley cerrando de esa forma la posibilidad de un Bis In Ídem.

Retornando el relato histórico de los hechos acreditados en la sentencia, se tiene que en primer lugar, ocurrió el ilícito de Robo Agravado, en vista que los imputados portando armas obligan al encargado de la ladrillera Bladimir Alexander Martínez Turcios a que les entregue la cartera con el dinero - veinte dólares - que ésta tenía. Luego de ejecutar esta infracción cometieron el delito de Homicidio Agravado en perjuicio de Manuel Antonio Moya, a quien le dispararon varias veces cuando éste se encontraba agachado. De tal manera que en el caso de autos, como ya se expresó, no estamos en presencia de un Concurso Aparente de Normas, por haber tenido por acreditado el Tribunal de Juicio que las acciones realizadas por los acusados no son dependientes entre sí, resultando improcedente aplicar el principio de consunción, por estar ante un Concurso Real de Delitos, de conformidad a lo establecido en el Artículo 41, de la ley sustantiva penal, pues fueron dos acciones totalmente independientes entre si, tal y como el a quo lo dejó plasmado en la parte de la resolución cuestionada cuyo epígrafe se denomina Calificación Jurídica, fs. 26 vto. de la sentencia de mérito, al expresar que: **.. (...)no compartiendo este Tribunal la tesis de la defensa respecto a que el Homicidio Agravado, subsume el delito de Robo Agravado, por cuanto que fueron dos acciones independientes entre sí, ya que primero se dio el Robo Agravado, y consumado este, sin haber motivo alguno antes, durante o después de cometido, los imputados**

procedieron a privar de su vida al señor Manuel Antonio Moya Blas(...) ".

En conclusión, la Sala aprecia que de acuerdo al cuadro de hechos expuestos en la sentencia de fondo, no cabe duda que en el caso de estudio se ha dado un Concurso Real de Delitos, en vista que las conductas de los acusados son totalmente independientes entre si, pues consumado el ilícito de Robo Agravado, se cometió luego el delito de Homicidio Agravado. De manera que en el caso concreto no se configura el error denunciado por la recurrente y en consecuencia debe desestimarse su pretensión.

POR TANTO:

De conformidad a las razones expresadas, disposiciones legales citadas y Arts. 50, Inc.2, y Número 1, 421, 422,427, todos del Código Procesal Penal, a nombre de la República de El Salvador, esta Sala **FALLA:**

- 1) **NO HA LUGAR A CASAR**, la sentencia de mérito por el motivo de fondo alegado.

REF.361-CAS-2006 PROYECTO: NO HA LUGAR

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las once horas doce minutos del día veinticuatro de septiembre de dos mil siete.

Se conoce el memorial impugnativo interpuesto por el Licenciado Emiliano Vásquez Valencia, en calidad de Defensor Particular, contra la sentencia definitiva condenatoria pronunciada por el Tribunal Primero de Sentencia de Santa Ana, a las dieciséis horas del veintiuno de junio del dos mil seis, en el proceso penal instruido contra **DOUGLAS YOVANI GIRÓN**

DUARTE, por los delitos de **HOMICIDIO SIMPLE IMPERFECTO O TENTADO**, Art. 128 en relación con el Art. 24 ambos del Código Penal, en perjuicio de Elvis Orlando Godínez Aragón, y **TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN ILEGAL O IRRESPONSABLE DE ARMAS DE FUEGO**, previsto y sancionado en el Art. 346-B Pn., en perjuicio de la Paz Pública.

El recurso de casación se ha formalizado por escrito, en el que se han expresado los motivos de impugnación, su respectiva fundamentación y la solución pretendida, además de haber sido interpuesto dentro del plazo legal, por sujeto procesal para incoarlo y contra resolución judicial recurrible en casación, consecuentemente y con base en los Arts. 406, 407, 421, 422 y 423 del Código Procesal Penal; **ADMÍTESE**.

RESULTANDO:

I) Que mediante sentencia definitiva se resolvió: "...POR TANTO: Sobre la base de las razones expuestas, disposiciones legales citadas y de conformidad a lo que ordenan los Arts. 11 Cn.; 114 y 115 CP.; y 357 y 361 CPP.; este Tribunal, a nombre de la República de El Salvador, **FALLAMOS: a) CONDÉNASE** al imputado **DOUGLAS YOVANI GIRÓN DUARTE**, quien es de los datos generales de identificación mencionados en el preámbulo de esta sentencia, por los delitos de **HOMICIDIO SIMPLE IMPERFECTO O TENTADO Y TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN ILEGAL O IRRESPONSABLE DE ARMAS DE FUEGO**, tipificados en ese mismo orden en los Arts. 128 en relación con el 24 y 346-B del Código Penal, en perjuicio respectivamente de la vida de **ELVIS ORLANDO GODÍNEZ ARAGÓN Y LA PAZ PÚBLICA**, a cumplir las penas principales de **SIETE y CUATRO AÑOS DE PRISIÓN**, respectivamente; sumando la totalidad de dichas penas **ONCE** años de prisión, que por tratarse de un concurso real de delitos, el condenado Girón Duarte deberá cumplir esa pena de prisión de manera sucesiva,

comenzando por la pena mayor y de la manera como lo establece la Ley Penitenciaria; en consecuencia, para garantizar el cumplimiento de las sanciones que se le han impuesto, permanezca en la detención en que se encuentran mientras quede firme esta sentencia y comience la ejecución de las mismas; y, remítanse al centro penitenciario correspondiente. Se abstienen los Infrascritos de practicar cómputo de inicio y finalización de la pena antes impuesta por ser atribución del Juez de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena, de acuerdo a lo prescrito en los Arts. 37 Ord. 5° y 44 de la Ley Penitenciaria; **b) CONDÉNASE** al referido imputado a las penas accesorias contempladas en los números 1 y 3 del Art. 58 CP., que establecen la pérdida de los derechos de ciudadano y la incapacidad para obtener toda la clase de cargos o empleos públicos durante el tiempo de la condena; **c) ABSUÉLVASE** de la responsabilidad civil y costas procesales, por los motivos invocados en el considerando respectivo. . . ".

II) Como resultado del fallo judicial recién transcrito el Licenciado Emiliano Vásquez Valencia, formuló su recurso dentro del cual alega dos motivos de casación, siendo el primero: *"...Errónea interpretación de las reglas de la experiencia y del sentido común, es decir, del sistema probatorio de la sana crítica, a que hace referencia la legislación procesal penal, en los artículos 162 y 362 defecto cuarto.-----FUNDAMENTO. El día veintiuno de junio del presente año, sus Señorías celebraron la Vista Pública del proceso instruido en contra de mi defendido, para emitir la sentencia que fue de contenido condenatoria, para hacer el análisis correspondiente es pertinente lo siguiente: A) Para valorar los medios probatorios del caso inicialmente hay que hacer un juicio de tipicidad y uno del tipo de Autoría. Demostrada la existencia de un hecho, continúa lo relativo a la determinación de la o las personas que ha o han tenido actividad en el particular que se investiga. La parte técnica que tiene la carga de la prueba debe consultar sus fuentes, hacer el trabajo de campo y luego*

hacer que desfilen los medios ofrecidos, empezando según el derecho penal de acto por los medios directos.-----En el caso que ahora analizó, la sentencia definitiva en la página DOS FRENTE, en la parte inferior del párrafo con más contenido, se lee que el ente acusador PRESCINDIÓ DE ALGUNOS DE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS, entre ellos se encontraban sus medios de prueba directos, como son: ELVIS ORLANDO GODÍNEZ ARAGÓN y MARÍA ELENA GODÍNEZ DE ALFARO, tal parece que se puede prescindir de los medios directos para sustituirlos por los de referencia y establecer el acto –acción típica- en esta otra forma. **Nótese que no hay existencia de prueba directa.** B) En el proceso, se les tomó el testimonio a los señores: GUILLERMO ANTONIO LÓPEZ QUIJADA, MARTÍN DE JESÚS ZEPEDA RODRÍGUEZ, y ANDRÉS ARTURO VIELMAN TOBAR, todos ellos declararon sobre un hecho que no les constaba, de su propio y personal conocimiento, tanto es así, que a mi defendido lo capturaron por un arma de fuego sin portación de los respectivos documentos. Se sabe en inicio que la prueba de referencia puede ser utilizada como medio probatorio, pero en circunstancias extraordinarias, valga decir, en caso de que la prueba directa no pueda ser producida en Vista Pública por razones poderosas, casos como que el testigo esté absolutamente incapacitado, en enfermedad de gravedad, fuera del país sin poder ser localizado, y la cosa se analiza así, en consideración a que un testigo de referencia, no ha observado los hechos sobre que declara, en este sentido se hace casi indispensable, la presencia del medio probatorio directo porque de esta manera se pone en desarrollo el PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN, pilar fundamental del esquema procesal ACUSATORIO MITIGADO, que es el que contempla nuestro Código Procesal Penal.-----En orden a lo anterior, valorar la prueba de referencia como de certeza para condenar a una persona que se acusa de delito sería tanto como acreditarle un hecho sin darle la oportunidad de contradecir el medio probatorio que lo acusa. Como se dice, sólo en situaciones verdaderamente extraordinarias debe

de recurrirse a este tipo de prueba, sin embargo, el Tribunal de Sentencia de la ciudad de Santa Ana, expresó en su sentencia, que los testigos de referencia eran coherentes, concordantes y en general buenos para establecer la tentativa de un homicidio que nunca observaron por su propio sentido de la vista, de esta manera se desnaturaliza el derecho penal de acto, y se hace nacer la figura, que basa en que un testigo cuente lo que le contaron y con ello se condene a un ciudadano. **Nótese, pues, que no se produjo prueba testimonial directa.**-- Penetrando en el punto que nos interesa con los antecedentes anteriores, al respecto del sistema probatorio de la Sana Crítica, y el principio de la Libertad Probatoria, entendiendo que se puede usar la prueba de referencia, pero con las limitantes expuestas arriba, en ese estado de cosas, no se ha podido probar el delito tentado de homicidio porque no desfilaron en la Vista Pública del caso, los testigos que conocían de forma directa los hechos. En la libertad probatoria, no es posible que todo material probatorio sea utilizado para formar certeza de un acontecimiento, con el pretexto de que hay libertad probatoria, lo cierto es que no se probó el hecho en cuestión, no se utilizó el sistema de prueba en sentido racional, en sentido lógico debido a que si los deponentes no vieron los hechos no se pueden probar los mismos, dado el esquema de derecho penal de acto. Las reglas sugieren que se debe valorar partiendo de la idea de que el testigo a valorar es de vista o le consta el hecho de su propia persona porque lo vio. **Nótese que los tres testigos que declararon, cuando fueron contra interrogados por la defensa categóricamente manifestaron, que los hechos no los habían visto ...**" "...SEGUNDO MOTIVO. Inobservancia de disposición sustantiva, es decir, no aplicación del artículo 7 del Código Penal, pues debió imputársele únicamente el delito de HOMICIDIO SIMPLE IMPERFECTO O TENTADO. --Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 7 del CP., inferimos que pueden suceder varios fenómenos en aplicación de la ley penal, en el particular que nos atañe, me dispongo a comentar unas líneas de lo que se llama

en la aplicación penal, el concurso aparente, y específicamente lo relativo al caso de que el precepto penal complejo absorberá a los preceptos que sancionan las infracciones consumidas en aquel, algunos lo llaman subsunción, otros consunción y algunos más PRINCIPIO DE CONSUNCIÓN, como sea se refiere a que el delito mayor absorbe al de menor gravedad, en este sentido, el delito imputado al ciudadano que defiende, de homicidio simple tentado, consume el de TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN ILEGAL O IRRESPONSABLE DE ARMA DE FUEGO, contemplado en el artículo 346-B del CP. No es correcta la omisión que hizo el Tribunal Sentenciador, de la regla número tres del artículo 7 del CP, al colocar dos delitos, sabiendo perfectamente que sólo debía juzgarse al acusado por el delito mayor o que absorbe al otro. Bajo esa línea de pensamiento jurídico no debió condenarse al defendido por este delito, el del artículo 346-B CP... "

III) Al contestar el emplazamiento la Licenciada Alicia Margarita Castro Morán, manifestó lo siguiente: "*...3- El punto específico sobre el cual la Defensa fundamenta su pretensión estriba en que los testigos no observaron el delito de Homicidio Simple Imperfecto o Tentado, y que por ello no se dio el principio de contradicción, lo cual está erróneo porque no hace notar que el primero de los testigos si estuvo en la escena dándole asistencia a la víctima y diciendo por radio las características del sujeto responsable y el rumbo que éste llevaba, así como también procediendo a proteger las evidencias que habían en dicha escena, en cuanto a los últimos dos testigos, quienes escuchan por radio y se conducían sobre el rumbo que había tomado el sujeto responsable y como a cinco cuerdas del lugar de los hechos y como a cinco minutos, observan a un sujeto que concuerda con las características del sujeto que han dicho por la radio y éste al observar la presencia policial trata de darse a la fuga, luego dichos testigos le dan alcance y le encuentran entre sus ropas un arma de fuego la cual no presenta los documentos que amparen la tenencia de dicha*

arma, por lo que es llevado a sede policial y se presenta la señora María Elena Godínez y manifiesta ante los testigos que fue el sujeto que tienen detenido quien le disparó a su sobrino en el bus, sin embargo, el hecho que el Defensor crea que esta situación difícilmente se pudo dar, está muy lejos de demostrar una violación al Principio de no Contradicción como parte de la lógica, pues ello no significa que se haya dado, de tal suerte que en el juicio dicha circunstancia quedó plenamente demostrada, y la Defensa Técnica no tuvo capacidad para demostrar lo contrario o desvirtuarlo, ya que en ningún momento ofreció, dando al Tribunal la credibilidad necesaria de los testigos de cargo que fueron introducidos al proceso tal como este lo establece y no sacados de la manga como lo quiere hacer ver la defensa técnica del imputado en la presente recurso cuando hace alusión a que el ente acusador prescindió de los testigos directos para sustituirlos por los de referencia y con ello llegar a la certeza positiva de participación del señor DOUGLAS YOVANI GIRÓN DUARTE...

" "...En cuanto a este fundamento la defensa técnica del imputado no se ha dado cuenta que estamos ante un CONCURSO REAL, y el mismo artículo 7 Pn, manifiesta que al estar ante una de las figuras de los Arts. 40 y 41 Pn, no se aplicará las reglas de que enumera el Art. 7 Pn, por lo tanto este fundamento es erróneo porque tal como se ventiló la vista pública por ambos delitos así se tiene que ser y en ningún momento el delito de HOMICIDIO SIMPLE IMPERFECTO O TENTADO subsume a la TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN ILEGAL O IRRESPONSABLE DE ARMAS DE FUEGO, porque fueron dos acciones distintas las realizadas por el imputado una fue querer matar a la víctima y la otra portar un arma de fuego sin documentos que ampararan esta Portación, ya que aún después de haber intentado matar a la víctima se llevó consigo el arma por lo que siguió portando ilegalmente dicha arma...

".

IV) Al analizar los motivos alegados por el recurrente, en cuanto al primero de ellos respecto a que el A qua no aplicó las reglas de la sana crítica, Arts. 162 en relación al 362 No. 4, ambos del Código Procesal Penal, por cuanto condenaron al imputado basándose únicamente en prueba referencial, esta Sala advierte que, los sentenciadores al momento de realizar el análisis intelectual del cúmulo de pruebas que desfilaron durante la Vista Pública y que fueron debidamente ofertadas e inmediatas, así como de los indicios obtenidos de las pruebas directas, constituyeron los insumos necesarios para establecer tanto la existencia del delito como la participación delincinencial del imputado Girón Duarte en los delitos que se le atribuyeron.

Para sustentar lo dicho en párrafo anterior, es pertinente transcribir la parte conclusiva del tribunal de juicio, que literalmente dice: ***"...Tomando en cuenta todos los hechos que se han establecido a partir de los elementos de prueba obtenidos de los medios correspondientes y que se han relacionado con anterioridad, este Tribunal mediante un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano que han guiado para la valoración de las distintas probanzas, ha arribado a la siguiente conclusión: Si aproximadamente a las once horas del veintinueve de diciembre del dos mil cinco, el agente Guillermo Antonio López Quijada posteriormente de haber escuchado dos detonaciones y haber observado a dos miembros del ejército que dan persecución a un sujeto, se apersona entre quinta calle y avenida Fray Felipe de Jesús Moraga y aborda el autobús de la ruta doscientos treinta y seis, placas AB setenta y cinco mil ciento sesenta y uno de la empresa SEBICAF S. A. de C. v.; si en su interior se encuentra la señora María Elena Godínez, así como el señor Elvís Orlando Godínez Aragón, presentan o este último lesiones, que según la pericia respectiva pusieron en peligro la vida del lesionado, la cual no se hizo efectiva por haber recibido la atención oportuna; si***

además se encuentran dos casquillos de arma de fuego, los cuales fueron levantados por técnicos de la Policía Nacional Civil para su respectivo análisis; si la señora María Elena Godínez describió las características del agresor; si los agentes Martín de Jesús Zepeda Rodríguez y Andrés Arturo Vielman Tobar, observan a un sujeto que coincidía con las características proporcionadas por la señora Godínez; si al ser detenido sobre la quinta calle poniente y veintidós avenida sur, barrio Santa Lucía de este departamento, procede el agente Vielman Tobar a registrarlo y le es encontrada en la parte delantera de la cintura un arma de fuego de fabricación industrial, tipo pistola, calibre 9x19mm ó 9mm Parabellum, marca Jennings, modelo Bryco 59, sin serie, pavón plateado, cachas de material sintético negro, un cargador metálico y cuatro cartuchos calibre 9x19mm ó 9mm Parabellum, sin que presentara la respectiva documentación; si dicho detenido es identificado por medio de su respectivo Documento Único de Identidad como Douglas Yovani Girón Duarte; si al ser trasladado a la Subdelegación Centro, la señora María Elena Godínez lo señala como la persona que había lesionado a su sobrino Elvis Godínez con un arma de fuego; y si al realizar las respectivas pericias, la primera de comparación de los dos casquillos encontrados en la escena del homicidio simple imperfecto o tentado con las obtenidas del arma de fuego decomisada al acusado Girón Duarte, se determina que esa arma percutió ambos casquillos, y de la segunda se determina que esa arma está en buen estado de funcionamiento; entonces podemos concluir, que resulta lógico atribuirle al procesado Douglas Yovani Girón Duarte, el intento de privarle de la vida al señor Elvis Orlando Godínez Aragón, porque éste no se produjo por situaciones ajenas al mismo; así como, el haber tenido un arma de fuego bajo la esfera de su dominio, la cual se encuentra en buen estado de funcionamiento y sin la autorización de ley para ello... ".

De lo recién expuesto, advierte este Tribunal que en la sentencia impugnada, existe una relación y valoración general de todos los indicios o circunstancias recopilados en la investigación, los cuales han sido debidamente razonados por los jueces sentenciadores; además, se encuentran en la sentencia recurrida inferencias lógicas, donde se ha valorado el significado de los indicios en relación con el hecho a probar. En razón de ello, resulta evidente que los Jueces A quo han sido bastos, sistemáticos y congruentes al valorar los indicios de los cuales se desprende que lógica y naturalmente, la autoría del indiciado y el proceso mental de los juzgadores están acordes con las reglas de la sana crítica.

El segundo aspecto cuestionado por el recurrente, es la aplicación en el caso de mérito de la figura del "Concurso Aparente de Normas", previsto en el Artículo 7, Número 3, del Código Penal. Sobre ello, este Tribunal Casacional partirá del cuadro fáctico acreditado por el A quo: ***"...Que aproximadamente a las once horas del veintinueve de diciembre del dos mil cinco, en momentos que el agente Guillermo Antonio López Quijada, en compañía de otra agente más, se encontraban realizando control vehicular escucha dos detonaciones y observa que dos miembros del ejército, sobre la quinta calle poniente y hacia el oriente, le dan persecución a un sujeto que según sus dichos habían lesionado a una persona en el interior de un bus de la ruta dos treinta y seis; que dicho agente se constituyó entre quinta Calle y avenida Fray Felipe de Jesús Moraga y aborda el autobús de la ruta. doscientos treinta y seis, placas AB setenta y cinco mil ciento sesenta y uno de la empresa SEBICAF S.A. de C. V.; que en el interior de dicho autobús se encontraba la víctima Elvis Orlando Godínez Aragón lesionado, la cual según la respectiva pericia le fueron provocadas lesiones que pusieron en peligro la vida del lesionado (sic), así como a inmediaciones se encontraron dos casquillos de arma de fuego, los cuales fueron levantados por***

técnicos de la Policía Nacional Civil para su respectivo análisis; que además, se encontraba la señora María Elena Godínez, quien manifestó ser la tía del lesionado, quien describió las características del agresor; que toda la información fue intercambiada con el operador, quien a su vez lo hizo con la Unidad Novecientos Once; que los agentes Martín de Jesús Zepeda Rodríguez y Andrés Arturo Vielman Tobar, posteriormente de haber sido informados del hecho y habérseles proporcionado las características del supuesto agresor, observaron un sujeto que coincidía con el descrito y que corría de sur a norte sobre la Avenida Fray Felipe de Jesús Moraga Sur; que al darle alcance sobre la quinta calle poniente y veintidós avenida sur, Barrio Santa Lucía de este departamento, proceden a registrarlo y por encontrarle una arma de fuego de fabricación industrial, tipo pistola, calibre 9x19mm o 9mm Parabellum, marca Jennings, modelo Bryco 59, sin serie, pavón plateado, cachas de material sintético negro, un cargador metálico, cuatro cartuchos calibre 9x19mm o 9mm Parabellum, sin la respectiva documentación...".

De los anteriores hechos acreditados, se infiere que no estamos en presencia de un **Concurso Aparente de Leyes**. Al respecto, la Sala ha dicho en sentencia identificada con el número **184-CAS-2005**, de fecha **veinte de septiembre de dos mil cinco**, en la que sostiene: *"...Que para que éste se produzca es necesario como lo señala la doctrina penal que el contenido ilícito de un hecho punible ya esté inmerso en otro y, por lo tanto, el autor ha cometido una sola lesión de la ley penal. Esta situación se da cuando en los tipos penales que serían aplicables al caso concreto existe una relación de especialidad, o de subsidiaridad, o de consunción. En otras palabras, la idea básica sobre la que reposa el Concurso Aparente de Leyes, es que la conducta del autor se subsume bajo varios supuestos de hecho – tipos penales- pero el contenido delictivo, sin embargo, es absorbido*

con la aplicación de uno o de algunos de ellos, de manera que los restantes se deben dejar de lado, dando como consecuencia práctica la aplicación única de la pena del delito que desplaza a los otros y, además, en la determinación de esa sanción, no debe computarse otras violaciones de la ley cerrando de esa forma la posibilidad de un Bis In Ídem... "

En el caso subjúdice, el tribunal del juicio tuvo *por* acreditado que las acciones realizadas *por* el imputado no son dependientes entre sí, en tal sentido es improcedente aplicar el Principio de Consunción *por* estar ante un caso de Concurso Real de Delitos, de conformidad al Art. 41 del Código Penal, pues fueron *dos* acciones totalmente independientes entre sí, pues consumado el Homicidio Simple Imperfecto o Tentado, lo detienen portando ilegalmente el arma de fuego. En conclusión, no se configura el error invocado *por* el recurrente, debiendo desestimarse su pretensión.

POR TANTO: Con base en las razones expuestas, disposiciones legales citadas y Arts. 130, 421, 422 y 427 del Código Procesal Penal, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala **RESUELVE:**

A) NO HA LUGAR a casar el proveído impugnado.

B) Devuélvase las actuaciones al tribunal de origen, para los efectos legales pertinentes.

Notifíquese.

