



SENTENCIA DEL 26 DE FEBRERO DE 2021, NÚM. 104

Sentencia impugnada:Segunda Sala de la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, del 17 de octubre de 2019.

Materia:Penal.

Recurrente:Gerlin Javier de la Rosa.

Abogada:Licda. Meldrick Altagracia Sánchez Pérez.

Dios, Patria y Libertad

República Dominicana

En nombre de la República, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, con sede en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, regularmente constituida por los jueces Francisco Antonio Jerez Mena, presidente; Fran Euclides Soto Sánchez, María G. Garabito Ramírez, Francisco Antonio Ortega Polanco y Vanessa E. Acosta Peralta, miembros; asistidos del secretario general, en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, hoy 26 de febrero de 2021, año 177° de la Independencia y 158° de la Restauración, dicta en audiencia pública virtual, como Corte de Casación, la siguiente sentencia:

Sobre el recurso de casación interpuesto por Gerlin Javier de la Rosa, dominicano, mayor de edad, soltero, titular de la cédula de identidad y electoral núm. 402-2610768-4, domiciliado y residente en la calle Caimito, edificio D, núm. 202, barrio Puerto Isabela, sector Cristo Rey, ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, imputado, contra la sentencia núm. 501-2019-SSEN-00164, dictada por la Segunda Sala de la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Distrito Nacional el 17 de octubre de 2019, cuyo dispositivo se copia más adelante.

Oído al juez presidente dejar abierta la presente audiencia pública virtual para el debate del recurso de casación y ordenar al alguacil el llamado de las partes.

Oído al alguacil de turno en la lectura del rol.

Oído a la Lcda. Meldrick Altagracia Sánchez Pérez, defensora pública, en la formulación de sus conclusiones en la audiencia pública virtual celebrada el 10 de noviembre de 2020, en representación de Gerlin Javier de la Rosa, recurrente.

Oído el dictamen del procurador general adjunto a la procuradora general de la República, Lcdo. Andrés Chalas.

Visto el escrito motivado mediante el cual Gerlin Javier de la Rosa, a través de la Lcda. Meldrick Altagracia Sánchez Pérez, defensora pública, interpone recurso de casación, depositado en la secretaría de la Corte a qua el 14 de noviembre de 2019.

Visto la resolución núm. 001-022-2020-SRES-00360, emitida por esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia el 18 de febrero de 2020, mediante la cual se declaró admisible, en cuanto a la forma el aludido recurso, y se fijó audiencia para conocer los méritos del mismo el día 29 de abril de 2020, en vista de que no llegó a realizarse en virtud del Decreto Presidencial núm. 142-20, de fecha 2 de abril de 2020, que extendió la declaratoria de estado de emergencia en todo el territorio nacional, por motivo de la pandemia del virus Covid-19 (coronavirus).

Visto el auto núm. 001-022-2020-SAUT-00474, del 22 de octubre de 2020, por medio del cual el juez presidente de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, fijó la celebración de audiencia pública virtual para el 10 de noviembre de 2020, fecha en la cual las partes concluyeron, decidiendo la Sala diferir el pronunciamiento del fallo dentro del plazo de los treinta (30) días dispuesto en el Código Procesal Penal, produciéndose dicha lectura el día indicado en el encabezado de esta sentencia, por razones atendibles.

Visto la Ley núm. 25 de 1991, modificada por las Leyes números 156 de 1997 y 242 de 2011.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia después de haber deliberado y, visto la Constitución de la República; los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los cuales la República Dominicana es signataria; las decisiones dictadas en materia constitucional; las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; los artículos 70, 393, 396, 399, 400, 418, 419, 420, 423, 425, 426 y 427 del Código Procesal Penal, modificado por la Ley núm. 10-15 del 10 de febrero de 2015; 332 numerales 1 y 2 del Código Penal Dominicano; y 396, literal c, de la Ley núm. 136-03, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes.

La presente sentencia fue aprobada por los jueces Fran Euclides Soto Sánchez, María G. Garabito Ramírez, Francisco Antonio Ortega Polanco y Vanessa E. Acosta Peralta, con el voto salvado del magistrado Francisco Antonio Jerez Mena.

1. En la decisión impugnada y en los documentos que en ella se refieren, son hechos constantes los siguientes:

a) Que el 13 de diciembre de 2018, la Lcda. Juana Francisca Cabrera, procuradora fiscal adjunta del Distrito Nacional, presentó formal acusación y requerimiento de apertura a juicio contra Gerlin Javier de la Rosa,

imputándole ilícito penal de incesto, en infracción de las prescripciones de los artículos 332 numerales 1 y 2 del Código Penal Dominicano, 396 literal b y c de la Ley núm. 136-03, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, en perjuicio de C.D.L.C.R.

b) Que el Quinto Juzgado de la Instrucción del Distrito Nacional acogió totalmente la referida acusación, emitiendo auto de apertura a juicio contra el imputado, mediante la resolución núm. 061-2019-SACO-00010, el 17 de enero de 2019.

c) Que para la celebración del juicio fue apoderado el Tercer Tribunal Colegiado de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, que resolvió el fondo del asunto mediante sentencia núm. 249-05-2019-SSEN-00098, del 28 de mayo de 2019, cuya parte dispositiva copiada textualmente, establece lo siguiente:

PRIMERO: Se declara al ciudadano Gerlin Javier de la Rosa, dominicano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad y electoral núm. 402-2610768-4, con domicilio en la calle Seiba, núm. 21, edificio D, Puerto Isabela, (El Hoyo de Chulin), del sector de Cristo Rey, Distrito Nacional, actualmente recluido en la Penitenciaría Nacional de La Victoria, culpable de violar las disposiciones del artículo 332, numerales 1 y 2 del Código Penal Dominicano, y artículo 396 en su literal c, de la Ley 136-03 que instituye el Código del Menor, que tipifican lo que es el abuso sexual, en perjuicio de la menor de edad de iniciales C.D.L.C.R., en tal sentido dicta sentencia condenatoria en su contra y le condena a cumplir una pena de diez (10) años de reclusión mayor ;SEGUNDO: Se declaran las costas penales de oficio por haber sido asistido el imputado por una defensa pública; TERCERO: La presente sentencia deber ser cumplida en la Penitenciaría Nacional de La Victoria; CUARTO: Se Ordena la notificación de la presente decisión al Juez de la Ejecución de la Pena para los fines de ley correspondientes; QUINTO: Fija lectura íntegra de la presente decisión para el día que contaremos a dieciocho(18) del mes de junio del año dos mil diecinueve (2019), a las nueve (09:00 a.m.) horas de la mañana, valiendo convocatoria para las partes presentes, momento a partir del cual comienzan a correr los plazos que tienen las partes que no estén conformes con la presente decisión para interponer los correspondientes recursos.

d) Que no conforme con esta decisión, el procesado Gerlin Javier de la Rosa interpuso recurso de apelación, siendo apoderada la Segunda Sala de la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, la cual dictó la sentencia penal núm. 502-2019-SSEN-00164, el 17 de octubre de 2019, objeto del presente recurso de casación, cuyo dispositivo copiado textualmente, dispone lo siguiente:

PRIMERO: Ratifica la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto en fecha quince (15) del mes de julio del año dos mil diecinueve (2019), por el ciudadano Gerlin Javier de la Rosa, de generales que constan, en calidad de imputado, por intermedio de la Lcda. Meldrick Altagracia Sánchez Pérez, defensora pública, en contra de la sentencia penal núm. 249-05-2019-SSEN-00098, de fecha veintiocho (28) del mes de mayo año dos mil diecinueve (2019), dictada por el Tercer Tribunal Colegiado de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, por haber sido interpuesto en tiempo hábil y de conformidad con la ley; SEGUNDO: En cuanto al fondo, rechaza el recurso de apelación de que se trata, por los motivos expuestos en los considerandos de la presente decisión, y en consecuencia, confirma en todas sus partes la sentencia impugnada, mediante la cual declaró culpable al ciudadano Gerlin Javier de la Rosa, por violar las disposiciones del artículo 332, numerales 1 y 2 del Código Penal Dominicano, y artículo 396 en su literal c, de la Ley 136-03 que instituye el Código del Menor y lo condenó a una pena de diez (10) años de reclusión mayor; TERCERO: Exime al imputado Gerlin Javier de la Rosa, del pago de las costas penales del proceso causadas en esta

instancia judicial, por encontrarse asistido por un defensor público; CUARTO: La lectura íntegra de la presente decisión ha sido rendida a las once horas de la mañana(11:00 a. m.), del día jueves, diecisiete (17) del mes de octubre del año dos mil diecinueve (2019),proporcionándoles copias a las partes.

2. El recurrente Gerlin Javier de la Rosa, propone contra la sentencia impugnada el siguiente medio de casación:

Único Medio: Cuando la sentencia sea manifiestamente infundada (artículo 426 numeral 3).

3. En el desenvolvimiento argumentativo del único medio propuesto el recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

[]La Corte a qua al momento de conocer el recurso de apelación interpuesto por el señor Gerlin Javier de la Rosa, cometió el mismo error garrafal del Tercer Tribunal Colegiado de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, al momento de la valoración del único elemento de prueba presentado por el órgano acusador y la sanción impuesta[] Uno de los aspectos fundamentales que tocó el recurrente en la apelación fue que la acusación dada por los persecutores, el recurrente se le imputa de haber cometido incesto en contra de una menor de edad, supuestamente hijastra del mismo, estableciendo un vínculo de familiaridad política que no fue probado, afinidad con respecto a la madre y el imputado, por la cual la Corte a qua no da valor al mismo para que se pueda configurar este tipo penal[]Un aspecto fundamental que tocó el recurrente en la apelación fue que la menor fue inducida por su tío, el señor Miguel Rodríguez, ya que este llegó a tener un percance con el señor Gerlin Javier de la Rosa, situación está que provocó la acusación por la que hoy está condenado [] La Corte establece su rechazo bajo las argumentaciones de que los medios invocados por el hoy recurrente son carentes de base legal, y que lo relativo a la coartada del imputado, se quedó en plano enunciativo y el mismo no aportó pruebas a descargo[] Si bien es cierto que el hoy recurrente no aportó pruebas a descargo, no es menos cierto que el órgano acusador por el principio de objetividad y como establece nuestra norma procesal penal es el encargado de aprobar pruebas a cargo y a descargo, en el caso de la especie debió aportar pruebas suficientes para romper la presunción de inocencia en la cual se encuentra revestido nuestro representado[]La Corte a qua tomó como cierto y certero el testimonio de la menor de edad de iniciales C.D.L.C.R., siendo este única prueba, testigo que fue inducida por su tío, el señor Miguel Rodríguez, la cual nunca estuvo presente en los actos procesales del caso de la especie[]En otro tenor, la menor de edad de iniciales C.D.L.C.R a través del testimonio tomado en cámara de Gessell, estableció que el señor Gerlin le levantó el vestido cuando dormía, la tocó por sus partes íntimas y la tocó con su pene por su vulva, más adelante refiere que el señor Gerlin la había violado, lo que trae más dudas a este caso, una violación sin existir certificado médico que establezca que ciertamente existen descargos y lesiones por consecuencia del tipo[]Entendemos que era obligación de la Corte a qua dar respuesta con suficiente fundamento jurídico, de manera precisa y detallada, a cada uno de los aspectos que incidieron para fijar el referido castigo, por lo que al no hacerlo su decisión es manifiestamente infundada.

4. Partiendo de los anteriores alegatos, se extrae que el recurrente en su único medio de casación establece que la corte a qua no da respuesta con el suficiente fundamento jurídico a las quejas que le fueron presentadas. Alega que la alzada yerra al sostener una calificación jurídica de carácter incestuosa cuando el vínculo de familiaridad política no pudo ser probado. Además, señala que aquella jurisdicción estableció que la coartada consistente en los conflictos entre este y el tío de la menor se quedaron en enunciados sin pruebas que lo sustentasen; sin embargo, considera que el ministerio público estaba en la obligación de aportar medios probatorios suficientes que destruyeran la presunción de inocencia que le revestía, dando como cierto un

testimonio de una menor, que a su entender, fue manipulada por su tío quien nunca compareció ante el juicio, y sin que conste un certificado médico legal que avale la existencia de violación.

5. Luego de examinar la decisión impugnada esta alzada pudo advertir que, la Corte a qua para desestimar el recurso de apelación que le fue deducido, expresó lo siguiente:

8. Al examen de los hechos fijados en la sentencia objeto de la presente acción recursiva se advierte que el testimonio rendido por la víctima en cámara de Gessell, en su condición de menor de edad, ha sido consistente a lo largo de todas las instancias en todos aquellos puntos neurálgicos para establecer de un lado la ocurrencia de los hechos y de otro lado la participación directa del imputado en la comisión de los mismos. 9. Que a partir de los reparos formulados por el recurrente a esta prueba se hace necesario hacer las siguientes consideraciones: 1) la menor ha sostenido que su padrastro, a quien ella identifica como Gerlin, intentó violarla; 2) que los hechos ocurrieron de noche en su cama mientras ella dormía; 3) que su padrastro le levantó el vestido y comenzó a tocarla y le tapó la boca; 4) que el imputado le tocaba sus partes íntimas con sus manos y su parte (refiriéndose a su pene); 5) que la menor no recuerda la fecha exacta en que ocurrieron los hechos, pero estableció que ella tenía diez años y era una fecha cerca de la escuela en el año 2018. 10. Que a partir de esa declaración se pudo establecer las circunstancias de lugar, puesto que afirma que el hecho ocurre en la casa donde ella vive junto a su madre y padrastro, justo en la habitación donde ella dormía en el sector conocido como Hoyo de Chulín. Que también fue posible establecer detalles acerca del tiempo, en el sentido de que a pesar de que no pudo indicar la fecha exacta, sí ilustró al tribunal sobre que el hecho ocurre cuando ella tenía 10 años, en el año 2018, que era una fecha cerca de la escuela, todo lo cual fue valorado por el Tribunal a quo tomando en cuenta su edad; además de que concuerda con el relato fáctico del ministerio público, que establece que los hechos ocurrieron en mayo de 2018 [la mayoría de los casos relativos a tipos penales de naturaleza sexual ocurren en la intimidad entre el agresor y su víctima, imponiéndose al evaluar la consistencia tanto de las declaraciones de defensa del agresor, como del testimonio de la víctima, esta última cuando como ocurre en el caso de la especie ofrece detalles de los hechos en un lenguaje propio de su edad] en lo relativo a la coartada del imputado en el sentido de que la menor fue manipulada por su tío en razón de viejas rencillas entre ellos, se quedó en el plano meramente enunciativo, pues no, estableció de manera concreta en que consistieron las diferencias y bajo qué circunstancias de , modo, tiempo y lugar se sucedieron; además de que la defensa no aportó ningún tipo de pruebas encaminadas a establecer la veracidad de la supuesta manipulación [Las reflexiones que ha realizado esta Sala de la Corte, en cuanto a la decisión impugnada, permiten apreciar que el a quo ponderó con un espíritu de sana crítica el proceso puesto en sus manos, fallando bajo los parámetros de la normativa procesal, salvaguardándole a las partes sus derechos de orden legal, procesal y constitucional. Por lo que, en tal sentido, este Tribunal de Alzada se adhiere a las ponderaciones que conforman el cuerpo motivado de la decisión impugnada por encontrarse ajustadas a una sana administración de justicia]

6. En primer lugar, y para abordar lo planteado en torno a la calificación jurídica, se debe poner en relieve que del artículo 332 ordinal 1 del Código Penal Dominicano, se colige que para que se constituya la figura del incesto, resultan necesarios diversos elementos, a saber: a) El acto material de índole sexual cometido por un adulto mediante el engaño, violencia, amenaza, sorpresa o constreñimiento en la persona de un niño, niña o adolescente con el cual estuviere ligado por lazos de parentesco natural, legítimo o adoptivo hasta el cuarto grado o por los lazos de afinidad hasta el tercer grado; b) La calidad del autor, que el hecho sea cometido por un pariente de la víctima en los grados indicados por la ley, y 3) El elemento moral, que implica la conciencia de carácter ilegítimo de los actos de naturaleza sexual, porque se trata de una relación en contra de la voluntad de la víctima.

7. Por otro lado, es preciso señalar que la finalidad del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, y estos para la doctrina, son definidos como circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre esa concepción de los fines, o para el funcionamiento del propio sistema, pudiendo abarcar tanto estados previamente hallados por el derecho, como deberes que emanan de normas creadas por el Estado. En ese tenor, si bien la ley penal es una restricción al libre ejercicio de derechos fundamentales, es el único mecanismo apto para la protección de los bienes jurídicos, y es que, si observamos nuestra legislación, son tipos penales aquellas conductas que afectan un bien jurídico con relevancia constitucional.

8. En ese tenor, el bien jurídico de la familia es parte sustancial del ius punendi del Estado, al estar revestida de un estatus de protección superior por ser considerada por la Constitución como el fundamento de la sociedad y el espacio básico para el desarrollo integral de las personas. La familia se conforma por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

9. Dentro de ese marco, jurídicamente, la unión marital de hecho es una forma por la que se puede construir una familia por vínculos naturales. Esta tipología de uniones, es decir, las denominadas parejas consensuales, se encuentran reconocidas por nuestra Constitución en su artículo 55 numeral 5, que establece: la unión singular y estable entre un hombre y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, genera derechos y deberes en sus relaciones personales y patrimoniales, de conformidad con la ley. En el caso que nos ocupa, el tribunal de mérito al momento de fijar los hechos probados estableció que no era un hecho controvertido que el imputado Gerlin Javier de la Rosa era pareja consensual de Grisselle Rodríguez, madre de la víctima, y esta última -la agraviada- en su relato se ha referido al justiciable como su padrastro; por consiguiente, en este punto, lo neurálgico de la discusión es determinar si existe o no la calidad del autor para que pueda enmarcarse el hecho punible dentro la normativa atribuida por el tribunal sentenciador, y si este posee el grado de parentesco por afinidad con la víctima.

10. En líneas generales, para determinar el grado de parentesco por afinidad se deben equiparar al número de grados que correspondan a los cónyuges con sus parientes por consanguinidad. Es decir, todos los parientes consanguíneos de una persona son parientes por afinidad de su cónyuge, en la misma línea y grado que este lo es de ellos por consanguinidad. No obstante, es innegable la evolución que ha tenido la familia a partir del reconocimiento de las parejas consensuales por la Carta Magna, y que como se observa en el texto normativo citado, pero que vale repetirlo aquí, estas son generadoras de derechos y obligaciones en sus relaciones de índole personal y patrimonial, e indiscutiblemente son una realidad social y jurídica de nuestro país.

11. En efecto, el delito que se juzga al constituir un acto de naturaleza sexual con una persona ligada a vínculos de parentesco, es una clara amenaza que pone en peligro la institución familiar, y en ello la unión marital de hecho, por esta razón es un ilícito que se castiga con altos niveles de severidad. En adición, existe un factor de suma importancia en la descripción del tipo penal, y es que el sujeto pasivo de este ilícito es la persona de un niño, niña y adolescente, siendo la minoridad del agraviado un elemento diferenciador, que hace que una relación incestuosa se convierta en una conducta punible; y esto no es una mera casualidad, toda vez que el interés superior del niño y la protección de las personas menores de edad son obligaciones dirigidas tanto para la propia familia y la sociedad como para el Estado.

12. En esas atenciones, como ha sido criterio reiterado por esta Sala, la severidad con que la ley trata a los

responsables del crimen de incesto lo constituye el alto interés de proteger a los menores de edad frente a aquellos adultos con quienes están relacionados mediante vínculos de familiaridad, sin importar que ese núcleo familiar esté cimentado en el legítimo matrimonio o en una unión de hecho o consensual; que asimismo, con la ejemplarizadora aplicación de este severo régimen punitivo a los autores del referido crimen de naturaleza sexual, lo que se persigue es salvaguardar los mejores intereses del grupo familiar, para así garantizar el óptimo desarrollo y formación de los niños, niñas y adolescentes, lo cual solo se puede lograr en un ambiente hogareño sano y seguro; por consiguiente, nada tiene esta alzada que recriminar a la decisión emitida por la Corte a qua, toda vez que existe un grado de familiaridad como resultado de la unión marital de hecho entre el recurrente y la madre de la menor de edad, razón por la que adquirió el primer grado de afinidad en línea ascendente, que lo enmarca dentro de las previsiones del texto legal; razones que determinan la improcedencia de este alegato del medio impugnado, por esta razón procede su desestimación.

13. En lo atinente a la insuficiencia probatoria, esta Corte de Casación verifica que yerra el recurrente al establecer que el proceso que nos ocupa no posee elementos suficientes presentados por la parte acusadora. Puesto que como se ha visto, la Corte a qua ha realizado un detallado análisis crítico valorativo, desmenuzando el testimonio aportado por la víctima menor de edad, estableciendo qué aspectos quedan probados a través de él, lo que le permitió concluir que el tribunal sentenciador ponderó con un espíritu de sana crítica el proceso puesto en sus manos y que la apreciación efectuada se encontraba apegada a los principios que rigen la sana crítica racional y el correcto pensar. En virtud de lo cual, luego de esta labor evaluadora, pudo reiterar la participación del recurrente en el ilícito penal atribuido.

14. Es importante destacar que el juez no es un testigo directo de los hechos; por ello, solo por medio de elementos de prueba válidamente obtenidos puede tomar conocimiento en torno a lo sucedido y generarse convicción sobre la responsabilidad penal del imputado, que debe ser construida sobre la base de una actuación probatoria suficiente, sin la cual no es posible revertir el velo de presunción de inocencia que reviste a cada ciudadano, aspectos que se cumplen en el presente proceso. En ese sentido, en virtud del principio de libertad probatoria, las partes pueden hacer valer sus pretensiones y demostrar su versión en lo concerniente a los hechos punibles a través de cualquier medio de prueba que esté permitido; correspondiéndole al juez de la inmediación otorgar el grado de validez que estime pertinente. Dicha atribución es de carácter soberano, siempre y cuando no incurra en desnaturalización de los hechos, ya que, en casación lo único revisable es lo que surja directamente de la inmediación.

15. En ese orden de ideas, los delitos de naturaleza sexual se caracterizan por no ocurrir coram populo o públicamente. Por ello, uno de los elementos probatorios de mayor relevancia es el propio testimonio de la víctima, y su debida valoración será determinante para establecer si existió o no delito. Ciertamente en el caso, el elemento probatorio categórico lo compone la declaración de la menor, y ante situaciones similares el juzgador debe asegurarse de que esta constituya base suficiente para estimar que se enervó la presunción constitucional de inocencia. En tal virtud, lo declarado debe ser analizado con mucho cuidado y prudencia, para determinar que no exista ninguna razón espuria o extraña a la verdad histórica que motive a la declarante a prestar ese testimonio.

16. Dentro de ese marco, esta Sala ha juzgado que la declaración de la víctima en estos casos constituye un elemento probatorio idóneo para formar la convicción del juzgador, y su admisión como prueba a cargo tiene lugar fundamentalmente en los delitos contra la libertad sexual, con base, entre otras reflexiones, al marco de clandestinidad en que suelen consumarse tales infracciones que hacen que el testimonio de la víctima tenga

carácter fundamental al ser en la mayoría de los casos el único medio para probar la realidad de la infracción penal; y es que, lo declarado sobre los hechos acaecidos, no lo hace en mera calidad de testigo-observador, ya que su condición de perjudicada la coloca en la posición de manifestar lo que ha percibido en carne propia como consecuencia del hecho delictivo, y en un sistema como el nuestro fundado en la sana crítica racional, el valor del testimonio se fundamenta en su fuerza al transmitir credibilidad y no por la cantidad recolectada, pues no existe un sistema de prueba tasada o cifrada en el fuero penal. No obstante, para evitar arbitrariedad el juzgador debe valorar expresamente la concurrencia de las siguientes notas o requisitos: ausencia de incredibilidad subjetiva, o dicho de manera positiva, credibilidad subjetiva del testimonio, verosimilitud del mismo, persistencia en la acusación, coherencia, claridad y credibilidad, aspectos que fueron delimitados en el presente proceso.

17. Para lo que aquí importa, como ha establecido la alzada, la menor ha sido consistente en torno a los hechos acaecidos, ha manifestado y reconocido al recurrente como su agresor, y efectivamente como indica la Corte a qua, la supuesta coartada sustentada por el imputado, en tanto a que existían conflictos entre el tío de la víctima y este, no fue un evento probado. Sin embargo, lo que sí pudo probarse fueron los actos de naturaleza sexual practicados de manera forzosa a la infante, pues como ha extraído la Corte a qua de sus declaraciones, la menor estableció que su padrastro, a quien ella identifica como Gerlin, intentó violarla, hechos ocurridos mientras esta dormía cuando tenía diez años de edad.

18. En lo que respecta a la ausencia de certificado médico como aval de la penetración, debe destacarse que para nuestro sistema jurídico el “incesto” no es una figura jurídica autónoma, sino una circunstancia agravante; puesto que la jurisprudencia ha sido farol orientador al hacer una combinación del tipo penal principal establecido, ya sea violación sexual o agresión, y le combina con la agravante que modifica la pena establecida para el verbo típico básico. Es decir, es la condición de pariente por lazos de parentesco natural, legítimo o adoptivo hasta el cuarto grado o por lazos de afinidad hasta el tercer grado, que transforma los actos de naturaleza sexual cometidos por un adulto en perjuicio de un niño, niña o adolescente en incesto. De manera que, para que un hecho sea calificado como incesto, puede serlo como agresión sexual incestuosa o como violación sexual incestuosa. El elemento que agrega el referido texto legal es el lazo del parentesco, los demás elementos del delito son prestados de las figuras jurídicas de violación y agresión sexual. En tal virtud, que no se aportara certificado médico legal no lleva lugar a discusión, toda vez que el tan reiteradamente citado artículo 332 numeral 1 establece que configura incesto todo acto de naturaleza sexual, por ello aun cuando no se pudo acreditar la penetración, al elaborar el ejercicio de la subsunción, su actuar se enmarca en la descripción fáctica y el verbo rector del indicado texto normativo. Además, este punto fue considerado por el tribunal de mérito, ya que al momento de imponer la pena manifestó: [] el tribunal no ha podido tener a la vista un certificado médico que dé cuenta un posible daño físico de naturaleza sexual en perjuicio de la niña y entiende el tribunal que en base al relato de ella ha de tenerlo como una agresión sexual de naturaleza incestuosa []; razones por las cuales desestima los alegatos ponderados por improcedentes e infundados.

19. A la luz de las anteriores consideraciones frente a los vicios planteados se colige que, contrario a la particular opinión del impugnante, la alzada ha realizado un pormenorizado análisis al fallo impugnado contrastándolo con lo denunciado, y justificando con suficiencia, corrección y coherencia su decisión de confirmar la sentencia dictada por el a quo al estimar que, por las condiciones particulares de la tipología penal en cuestión, el testimonio aportado resultaba suficiente para destruir la presunción de inocencia que revestía al justiciable. De manera que, la Corte a qua ponderó apropiadamente los fundamentos del recurso de apelación y plasmó en el cuerpo motivacional de su sentencia, las razones fundamentales por las que desentendió el referido

recurso, fundamentaciones que permiten identificar sustancialmente el porqué de su dispositivo; por ende, a criterio de esta Corte de Casación, no se incurre en la insuficiencia de sustento jurídico denunciada, quedando pura y simplemente de relieve la inconformidad del impugnante con el fallo impugnado.

20. Al no verificarse los vicios invocados por el recurrente en el medio propuesto en su recurso de casación, procede rechazar dicho recurso y, en consecuencia, queda confirmada en todas sus partes la sentencia impugnada, de conformidad con las disposiciones del numeral 1 del artículo 427 del Código Procesal Penal.

21. El artículo 246 del Código Procesal Penal, dispone: “Imposición. Toda decisión que pone fin a la persecución penal, la archive o resuelva alguna cuestión incidental, se pronuncia sobre las costas procesales. Las costas son impuestas a la parte vencida, salvo que el tribunal halle razón suficiente para eximirla total o parcialmente”; en virtud del indicado texto, el tribunal halla razón suficiente para eximir al recurrente del pago de las costas del procedimiento, no obstante, no ha prosperado en sus pretensiones, en razón de que fue representado por defensor público, lo que implica que no tiene recursos para sufragar las costas.

22. Los artículos 437 y 438 del Código Procesal Penal, modificados por la Ley núm. 10-15, mandan que copia de la presente decisión debe ser remitida, por el secretario de esta alzada, al Juez de la Ejecución de la Pena del Departamento Judicial correspondiente, para los fines de ley.

Por tales motivos, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia,

FALLA

Primero: Rechaza el recurso de casación incoado por Gerlin Javier de la Rosa, contra la sentencia penal núm. 502-2019-SSEN-00164, dictada por la Segunda Sala de la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Distrito Nacional el 17 de octubre de 2019, cuyo dispositivo se copia en parte anterior del presente fallo.

Segundo: Exime al recurrente del pago de las costas del proceso.

Tercero: Ordena notificar la presente decisión a las partes y al Juez de la Ejecución de la Pena del Departamento Judicial del Distrito Nacional, para los fines correspondientes.

Firmado: Francisco Antonio Jerez Mena, Fran Euclides Soto Sánchez, María G. Garabito Ramírez, Francisco Antonio Ortega Polanco y Vanessa E. Acosta Peralta.

Fundamentos del voto particular del magistrado Francisco Antonio Jerez Mena

De la manera más respetuosa posible, en las líneas que siguen expreso mi divergencia con un único punto de la motivación que precede, adoptada por la mayoría de la Segunda Sala, en correspondencia con la posición externada durante la deliberación, posición que asumo en el ejercicio de la facultad reconocida en el artículo 333 del Código Procesal Penal, cuya fundamentación exteriorizo a continuación:

I. Resumen del caso.

1.1 Los hechos que dieron origen al tema aquí tratado pueden ser resumidos de la forma siguiente:

a. Con motivo de la acusación previamente indicada, formulada contra el ciudadano Gerlin Javier de la Rosa, por violación a los artículos 332 numerales 1 y 2 del Código Penal Dominicano y 396 literal c) de la Ley 136-03, que tipifican y sancionan el incesto, el Tercer Tribunal Colegiado del Distrito Nacional dictó la sentencia núm. 249-05-2019-SSEN-00098, de fecha 28 de mayo de 2019, cuyo dispositivo figura copiado in extenso en el cuerpo de la sentencia que antecede.

b. Sobre el recurso de apelación interpuesto por el justiciable Gerlin Javier de la Rosa, intervino la sentencia núm. 502-2019-SSEN-00164, de fecha 17 de octubre de 2019, cuyo dispositivo figura copiado en otra parte de la sentencia, fallo que se impugna ante esta sede casacional, y se resuelve por medio del presente acto jurisdiccional.

II. Fundamentación jurídica en la que se sustenta el voto salvado

2.1 En la fundamentación del voto particular que aquí se expresa, se disiente de las motivaciones sobre la calidad del autor del ilícito que determinó la calificación jurídica atribuida, y el hecho de que se desestimara el alegato del recurrente en cuanto a este punto, y que, por consiguiente, influyó para que quedara confirmada en todas sus partes la decisión impugnada. En el resto de los alegatos del impugnante compartimos los criterios de la mayoría que se encuentran en el desarrollo argumentativo que antecede este voto particular.

2.2 Como se observa en el cuerpo de esta sentencia, la Segunda Sala de la Corte de Casación al ser apoderada del recurso en cuestión reitera una línea jurisprudencial sostenida por esta sede casacional, que extiende los efectos del artículo 332 ordinal 1 del Código Penal Dominicano, que establece: “Constituye incesto todo acto de naturaleza sexual realizado por un adulto mediante engaño, violencia, amenaza, sorpresa o constreñimiento en la persona de un niño, niña o adolescente con el cual estuviere ligado por lazos de parentesco natural, legítimo o adoptivo hasta el cuarto grado o por lazos de afinidad hasta el tercer grado”, a casuísticas como la que nos ocupa, en donde la relación que existe entre el victimario y la madre de la agredida es el resultado de una unión consensual o de hecho, no así de una unión como las definidas en la descripción del tipo penal de que trata el caso, puesto que, como se señaló en el cuerpo de la sentencia, el ciudadano Gerlin Javier de la Rosa era pareja consensual de la madre de la menor de edad, cuya descripción típica o calidad no está prevista en el referido artículo 332.1 del código penal.

2.3 En ese contexto es menester destacar que el mencionado ius punendi, facultad punitiva o sancionadora del Estado que se manifiesta a través del legislador, está revestido de unos límites correlativos sujetos a los principios de razonabilidad, necesidad, proporcionalidad y legalidad, pilares del ordenamiento jurídico que deben ser aplicados en la conducta punible establecida por el legislador como en la pena a imponer. Esto implica que, al abordar la tipicidad de un acto delictivo en perjuicio de un bien jurídico tutelado, debe cumplirse cabalmente con el aforismo jurídico nullum crimen, nulla poena sine lege, que se traduce como: no debe existir ningún delito ni ninguna pena sin una ley previa.

2.4 En ese sentido, la tipicidad exige que la conducta del autor cumpla con las características estrictamente determinadas en la ley para enmarcarse en el tipo penal. En el caso en cuestión se necesita que el sujeto activo tenga la calidad de familiar, ya sea por parentesco por consanguinidad natural, legítimo o adoptivo hasta el cuarto grado o por lazos de afinidad hasta el tercer grado, en línea ascendente o descendente. Por tal efecto, el sujeto pasivo recibe la cualificación que tenga su familiar –sujeto activo–, quien ostentó el dominio funcional

del hecho.

2.5 En ese tenor, si bien la Constitución dominicana reconoce que las uniones de hecho singulares estables, entre un hombre y una mujer que formen un hogar y se encuentren libres de impedimento matrimonial, generan derechos y deberes en sus relaciones tanto personales como patrimoniales, y que las mismas son una realidad social innegable en nuestro país; el parentesco por afinidad es el vínculo que se crea entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro, o bien, recíprocamente, entre una persona y los cónyuges de sus parientes consanguíneos. Es decir, para que exista este lazo de familiaridad resulta necesaria una relación matrimonial que le atribuya el grado de parentesco al cónyuge con respecto a su familia política, el cual resultará equiparable al número de grados que correspondan a los cónyuges con sus parientes por consanguinidad. En otras palabras, el parentesco por afinidad es aquel que se genera y sostiene en el matrimonio; por ende, esta relación solo puede surgir a los individuos de distintos sexos dentro de una institución matrimonial, producto de un acuerdo de carácter civil o religioso con efectos civiles.

2.6 Por otro lado, cabe considerar que la interpretación de la ley no es más que la atribución de significado a un documento que expresa normas jurídicas. Dentro de las herramientas de interpretación se encuentra la analogía que se hace frente a aquellos supuestos carentes de regulación, pero que dentro del ordenamiento jurídico existen otros con características similares o análogas. Cuando un juzgador interpreta por analogía, aplica la norma a una situación no contemplada textualmente en ella, pero que es esencialmente igual a la que sí se encuentra explicitada en el texto –analogía legis–, o para resolver el conflicto emplea principios generales del Derecho –analogía iuris–. Sin embargo, este método interpretativo tiene límites, toda vez que no puede ser empleado en perjuicio del imputado. Como bien afirma Zaffaroni, la ley penal se expresa en palabras y estas siempre dejan dudas interpretativas, el derecho penal debe exigir de los legisladores el mayor esfuerzo de precisión semántica: el juez debe exigir la máxima taxatividad legal, o sea, no la simple legalidad sino la legalidad estricta.

2.7 Desde nuestra óptica, la jurisprudencia de esta Alta Corte ha sido constante en realizar una interpretación extensiva o analógica del referido artículo 332 numeral 1, para incluir las relaciones de hecho que no están dentro de los lazos de familiaridad que se describen en el tipo penal de incesto, por lo que con este proceder se interpreta la ley penal in malam parte, es decir, vulnerando el principio de favorabilidad, precepto de índole constitucional consagrado en nuestra Carta Magna en el artículo 74 numeral 4, que dispone: Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución, y el principio de interpretación estricta, el cual es consustancial al derecho penal; y es que, la ley penal, sin dejar de ser de interpretación estricta, debe ser extensiva sólo en favor del imputado y restrictiva cuando es en su contra.

2.8 En tal virtud, nos circunscribimos a la idea de establecer un camino jurisprudencial distinto fundamentado en que establecer que entre la menor y la pareja consensuada de su madre existe un vínculo de afinidad o de familiaridad política, como es comúnmente conocido, vulneraría el principio de estricta legalidad penal, que implica juzgar a la persona no por lo que hizo o dejó de hacer sino por lo que es. En otras palabras, aleja la facultad sancionadora del Estado de estigmas basados en percepciones subjetivas y moldeables del juzgador, y asegura que el resultado de un proceso sea: una realidad fáctica debidamente probada que se enmarca con completitud a un precepto legal preestablecido, donde la conducta típica quede claramente comprendida en la descripción del tipo penal, lo que no sucede en el caso con la relación de hecho que no está prevista en el

artículo reiteradamente citado 332.1 del código penal.

2.9 Sobre el punto anterior, Ferrajoli ha indicado que las leyes penales no pueden recoger cualquier hipótesis indeterminada de desviación sino únicamente conductas empíricas determinadas, exactamente identificables y adscribibles a la posibilidad de reproche al agente de la infracción. Con esto, no se pretende afirmar que la conducta del justiciable, del todo reprochable, resulte justificable o legal, sino que, y es lo relevante para este voto salvado, no puede ser retenido el carácter incestuoso de la agresión sexual, ya que a la madre de la menor y a este los unía el concubinato, lo que no le convierte en pariente por afinidad de la menor, resultando inviable retener una calificación jurídica en un delito donde no ostenta la calidad prevista en el precepto precitado; por consiguiente, su comportamiento se circunscribe dentro de otro texto contenido en el mismo Código Penal dominicano o en la Ley núm. 136-03, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes.

2.10 Es bueno resaltar que estamos en plena conciencia de que en otras materias se han extendido los efectos de los derechos y deberes para quienes integran parejas consensuales o de hecho; no obstante, en esos casos se obró en beneficio del titular del derecho. A modo de ilustración, no podemos dejar de lado icónicas decisiones como la emitida por Tribunal Constitucional Dominicano en la que se instauró el derecho a la pensión del o la sobreviviente de un matrimonio o de una unión marital de hecho con un miembro de las fuerzas armadas, y otras que abarcan las propias instancias del Poder Judicial. Sin embargo, no estamos ante realidades fácticas similares, puesto que en este caso se le está dando significado extensivo a la norma penal en perjuicio del titular del derecho, el imputado, al darle una calidad que, al interpretar taxativamente el texto, no existe. Y es que, en materia penal, es proverbialmente sabido que la sanción sólo podrá imponerse en los casos previstos y tipificados en normas preestablecidas y con observancia de los límites previstos en dichas normas; así es que, el principio de estricta legalidad penal lo que exige es para la integración de una determinada conducta, que haya de existir una predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las penas y sanciones aplicables, en una palabra, la estricta legalidad penal implica que la ley debe describir un supuesto de hecho estrictamente determinado, lo que significa la imposibilidad de la analogía como fuente creadora de delitos y penas. La analogía y la interpretación extensiva en derecho penal, y para proteger al reo, están prohibidas por el artículo 25 del Código Procesal Penal en la medida en que opere en perjuicio de aquel, como en el caso resuelto por el voto mayoritario, del cual discrepo por las razones expuestas más arriba.

2.11 Del mismo modo, desde el punto de vista sociológico, compartimos vehementemente la visión de la mayoría en cuanto a que la familia es un bien jurídico de especial protección, y desafortunadamente este tipo de individuos son un riesgo para la misma, toda vez que son quienes ostentan, de hecho, de algún modo, cierta autoridad sobre ese tipo de víctimas; y estas últimas constituyen un sector de especial sensibilidad que de igual forma necesita una exhaustiva protección por parte del Estado, pero no se debe olvidar lo estricto de la interpretación jurídica, de manera especial cuando se trata de medidas que perjudiquen al encartado como en el caso en cuestión. Más aún, y cabe reiterarlo con toda intensidad, la interpretación en materia penal sustantiva es estricta y rigurosa. Si el sentido del texto sujeto a interpretación es confuso o se pretende atribuir a las palabras de la ley un significado que desborda la más amplia acepción prevista en la norma, ampliando o traspasando la costura de lo allí previsto, definitivamente habría que decantarse por el principio *in dubio pro reo*, para de esa manera evitar transitar por el camino farragoso de la analogía e interpretar la ley penal *in malam partem*.

III. A modo de colofón.

3.1 Partiendo de las anteriores consideraciones, soy de la convencida opinión de que esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia debió casar por vía de supresión y sin envío, y sobre la base de los hechos fijados por la jurisdicción que conoció del fondo del asunto, variar la calificación jurídica y dictar directamente la sentencia, para así excluir el carácter incestuoso atribuido a la infracción, declarar al imputado recurrente Gerlin Javier de la Rosa culpable del ilícito de agresión sexual con el agravante de haber sido cometido por una persona que tiene autoridad sobre la víctima, establecido en los artículos 330 y 333 literal d) del Código Penal Dominicano, y 396 letra c) de la Ley núm. 136-03, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, condenándole a una pena de 10 años de prisión; toda vez que su responsabilidad penal quedó indiscutiblemente probada, y que la verdad jurídica arrojó que existió una acción sexual que implicó el toque en espacios del cuerpo de la infante estrechamente vinculados con la intimidad, con el uso de violencia, constreñimiento y sorpresa.

Firmado: Francisco Antonio Jerez Mena.

César José García Lucas, secretario general de la Suprema Corte de Justicia, CERTIFICO, que la sentencia que antecede fue dada y firmada por los jueces que figuran en ella, en la fecha arriba indicada.

www.poderjudici