



SENTENCIA DEL 31 DE MAYO DE 2021, NÚM. 64

Sentencia impugnada: Cámara Penal de la Corte de Apelación de San Juan de la Maguana, del 5 de noviembre de 2019.

Materia: Penal.

Recurrente: Gavino Encarnación Calderón (a) Pizza.

Abogados: Lic. Edwin Acosta.

Dios, Patria y Libertad

República Dominicana

En nombre de la República, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, regularmente constituida por los jueces Francisco Antonio Jerez Mena, presidente; Fran Euclides Soto Sánchez, María G. Garabito Ramírez y Moisés A. Ferrer Landrón, miembros; asistidos del secretario general, en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, hoy 31 de mayo de 2021, años 178° de la Independencia y 158° de la Restauración, dicta en audiencia pública virtual, como Corte de Casación, la siguiente sentencia:

1. Antecedentes. Descripción de la sentencia recurrida. Exposición sumaria. Puntos de hecho.

1.1. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia ha sido apoderada del recurso de casación interpuesto por Gavino Encarnación Calderón (a) Pizza, dominicano, mayor de edad, soltero, provisto de la cédula de identidad y electoral núm. 012-0002917-9, domiciliado y residente en los Transformadores, en la calle Proyecto 7, casa núm. 91, barrio Villa Flores, de la ciudad de San Juan de la Maguana, imputado, contra la sentencia penal núm. 0319-2019-SPEN-00063, dictada por la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Juan de la Maguana el 5 de noviembre de 2019, cuyo dispositivo se expresa de la manera siguiente:

PRIMERO: Rechaza el recurso de apelación interpuesto en fecha Veintinueve (29) del mes de Julio del año Dos Mil Diecinueve (2019), por el Lcdo. Cirilo Mercedes, quien actúa a nombre y representación del señor Gavino Encarnación Calderón (A) Pizza, contra la No. 0223-02-2019-SSEN-00040 de fecha Seis (06) del mes de Mayo del año Dos Mil Diecinueve (2019), dada por el Tribunal Colegiado de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de San Juan de la Maguana, cuyo dispositivo figura copiado en parte anterior de la presente sentencia; en consecuencia, debido a que no se observa en la sentencia recurrida ninguno de los vicios argumentados por el recurrente, ni violación a ninguna norma de carácter Constitucional ni legal, CONFIRMA la sentencia recurrida en toda su extensión; SEGUNDO: Ordena a la Secretaría de esta Corte notificar la presente decisión a las partes involucradas en el proceso, conforme a lo dispuesto en el artículo 335 del Código Procesal Penal; TERCERO: La lectura íntegra de esta sentencia ha sido rendida el martes cinco (05) del mes de noviembre del año dos mil diecinueve (2019), proporcionándoles copia a las partes; CUARTO: Declara exento del pago de las costas el presente proceso por estar el recurrente asistido por la Defensa Pública. (Sic)

1.2. El Tribunal Colegiado de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de San Juan de la Maguana dictó la sentencia núm. 0223-02-2019-SSEN-00040, en fecha seis (6) del mes de mayo del año dos mil diecinueve (2019), mediante la cual declaró, en el aspecto penal, al imputado Gavino Encarnación Calderón (a) Pizza, culpable de violar los artículos 330 y 331 del Código Penal Dominicano, modificado por la Ley 24-97 y por el artículo 396 literales B y C de la Ley 136-03, modificada por la Ley 52-07, que tipifican agresión sexual, violación sexual, abuso psicológico y abuso sexual, en perjuicio de la persona menor de edad con el nombre de iniciales Y. M. M. D. O., y lo condenó a cumplir cinco (5) años de reclusión mayor, y al pago de una multa ascendente al monto de diez (10) salarios mínimos establecidos oficialmente al momento de la comisión de la infracción, pagaderos a favor del Estado Dominicano.

1.3. Mediante la resolución núm. 001-022-2020-SRES-00997 de fecha 8 de diciembre de 2020, dictada por esta Segunda Sala, fue declarado admisible en cuanto a la forma el recurso de casación y fijó audiencia para el día 21 de enero de 2021, a los fines de conocer sus méritos, fecha en la cual se conoció el fondo del recurso y se difirió el pronunciamiento del fallo para dentro del plazo de treinta días dispuesto en el Código Procesal Penal, produciéndose dicha lectura el día indicado en el encabezado de esta sentencia, por razones atendibles.

1.4. En la audiencia arriba indicada no comparecieron el abogado de la parte recurrente ni de la parte recurrida, no obstante, fueron debidamente citados, más si el representante del Ministerio Público, quién concluyó en el tenor siguiente:

1.5. Lcdo. Edwin Acosta, procurador general adjunto a la procuradora general de la República, expresar a la Corte lo siguiente: Único: Rechazar el recurso de casación interpuesto por Gavino Encarnación Calderón (a) Pizza, contra la Sentencia núm. 0319-2019-SPEN-00063 del 5 de noviembre de 2019, dictada la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Juan de la Maguana, ya que su motivación es adecuada y conforme a lo establecido por las pruebas que sustentan la acusación, lo que revela que el aspecto invocado por el recurrente en su escrito de casación, respecto al quebrantamiento del debido proceso, no se corresponde con la realidad contenida en la decisión impugnada, ya que la misma fue dada respetando los derechos y garantías jurídicas de la Constitución de la República y de las leyes adjetivas.

La presente sentencia fue votada en primer término por el magistrado Fran Euclides Soto Sánchez, a cuyo voto

se adhirieron los magistrados Francisco Antonio Jerez Mena, María G. Garabito y Moisés A. Ferrer Landrón.

2. Medio en el que se fundamenta el recurso de casación.

2.1. El recurrente propone como medio de su recurso, el siguiente:

Único Medio: Quebrantamiento del debido proceso, arts. 68 y 69-10 de la Constitución Dominicana. Artículos 321, 426 del Código Procesal Penal, por dejar a las partes en estado de indefensión.

2.2. El encartado alega en el desarrollo del medio propuesto, en síntesis, que:

El fundamento del medio radica de manera exclusiva en que los jueces de primer grado hicieron cambio parcial en la calificación jurídica sin previo advertir a las partes para que las mismas se defiendan. En la imputación de la fiscalía se recogen los tipos penales de 330, 331 de la norma penal y art. 396 de la ley 136-3, literales b y c. Como se ha estado imputado tipos penales que superan la pena del art. 396 de la ley 136, se hace necesario, previo a la retención de la calificación jurídica inferior que el tribunal informe a las partes para que preparen su medio de defensa, de no hacerlo se estaría quebrantando el derecho de defensa de las partes, dejándolo en estado de indefensión respecto a la retención del tipo, sobre todo, porque la fiscalía solicitó pena superior a la retenida en la sentencia. En el caso de la especie, la fundamentación de la acusación fue por violación sexual y no por abuso sexual, aunque se haya hecho referencia a la norma que recoge el abuso sexual, pero no se fundamentó el hecho de abuso sexual como tal en la teoría fáctica de la fiscalía. En ese sentido, el imputado fue a defender una violación sexual, no un abuso sexual, por lo tanto, el tribunal debió informarle que se trató de un abuso antes de retenerlo.

3. Motivaciones de la Corte de Apelación.

3.1. En lo relativo a los argumentos planteados por el recurrente, la Corte de Apelación, para fallar en la forma en que lo hizo, reflexionó en el sentido de que:

9.-Que contrario lo planteado por el recurrente en el presente caso, el órgano acusador acusó al hoy recurrente Gavino Encarnación (a) Pizza) de la alegada violación a los artículos 330 y 331 del Código Penal Dominicano, así como los artículos 396 literales B y C de la ley 136-03 que instituye el Código para la Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, misma acusación que fue acogida por el juzgado de la instrucción bajo esta misma calificación jurídica. 10.-Que bajo estos hechos el imputado al ser enviado al tribunal de juicio articuló sus medios de defensa tanto material como técnica, pues se entiende que bajo este manto acusatorio debió ser dilucidado su proceso, resultando como ya antes se explicara en otra parte de esta sentencia, que los jueces de juicio al advertir que el tipo penal por el que se le acusaba era de menor gravedad, pero asociada a la misma prevención, procedió de forma oficiosa a variar la calificación jurídica para ajustarla al verdadero tipo del de la violación solo a los 396 literal C de la ley 136-03 que instituye el Código para la Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes y no al 330, y 331, del Código Penal Dominicano más el artículo 396, literales B y C de la ley 136, que instituye el Código para la Protección y Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes que en este caso estaba también contenida en la acusación y era conocido por el imputado recurrente y bajo la cual hizo sus argumentaciones defensivas, por lo que respecto de este argumento no fue sorprendido ni fue vulnerado su derecho fundamental de defenderse de forma efectiva, dado que esta calificación jurídica dada al hecho por los jueces lo que hizo fue disminuir y

atenuar la que ya había sido plasmada en la acusación y para la cual fueron convocadas las partes, en este sentido los argumentos del recurrente carecen de fundamento y procede que sean rechazados. 11.- Que lo que se ha constatado en el presente proceso es sin embargo, que en la especie no ha ocurrido lo alegado por el recurrente en su recurso, de la presunta vulneración de los derechos fundamentales al imputado tutela efectiva y debido proceso, en vista de que lo que ha realizado el tribunal de primer grado, ha sido el otorgarle al hecho una correcta calificación, en base a los presupuestos de los mismos, sin que con ello se haya incurrido en la violación alegada ni en ninguna vulneración al derecho de defensa del imputado recurrente, puesto que con ello no se ha provocado indefensión, porque los hechos de la prevención no han variado; que ha quedado evidenciado, que como es lo correcto, el imputado recurrente tuvo acceso de forma oportuna ante el tribunal de primer grado a los medios que le acuerda la ley, al ejercicio idóneo de defenderse en juicio y a debatir las pruebas presentadas por la acusación y consideradas con suficiencia para establecer su responsabilidad penal, y al efecto sustentar las conclusiones que pesan en su contra, sin que acontezca agravio alguno que dé lugar a la revocación que propugna.

#### 4.Consideraciones de la Segunda Sala. Exposición sumaria. Puntos de derecho.

4.1. En el único medio planteado el recurrente arguye como vicio, quebramiento del debido proceso, debido a que la Corte confirmó la decisión de primer grado, obviando que el referido tribunal realizó un cambio parcial en la calificación jurídica sin advertir previamente a las partes para que éstas se defiendan, provocando con dicho proceder un estado de indefensión al imputado.

4.2. Es menester destacar que de conformidad con en el artículo 321 del Código Procesal Penal, la advertencia de la variación de la calificación se lleva a cabo cuando en el curso de la audiencia el tribunal observa la posibilidad de una nueva calificación jurídica del hecho objeto del juicio que no ha sido considerado por ninguna de las partes.

4.3. Luego de esta Corte de Casación realizar el examen de la sentencia impugnada y de las piezas que forman el expediente, ha comprobado que en el presente caso, el fáctico de la acusación que constituye el fondo de los hechos juzgados no fue variado, pues lo que hizo el tribunal de juicio fue otorgarle la verdadera calificación jurídica, lo que conllevó que únicamente fuera condenado por la violación al artículo 396 letra C de la ley 136-03, y no la contenida en la acusación, que era la violación a los artículos 330 y 331 del Código Penal Dominicano, y el artículo 396 letras B y C la ley 136-03.

4.4. En ese contexto no puede interpretarse como una vulneración al principio de congruencia, toda vez que lo que resulta inmodificable desde la formulación de imputación son ciertamente los hechos contenidos en ella, es decir el aspecto fáctico de la imputación, no así su tipificación legal; la cual puede ir variando a la luz de los elementos de convicción aportados lícitamente.

4.5. En ese orden de ideas, se observa que, contrario a lo expuesto por el recurrente, este tuvo la oportunidad de defenderse de los hechos endilgados, toda vez que estaban contenidos en la acusación; por lo que la adecuación de la calificación jurídica no puede considerarse como una figura nueva o que la misma le provocara un estado de indefensión, sino que es la correcta tipificación y una vez el tribunal otorga valor probatorio de las piezas del proceso es su deber otorgar la real calificación a los hechos; aspecto este que quedó corroborado por la Corte en el cuerpo dicidendi de la sentencia recurrida, que a juicio de esta Alzada el resultado dado fue un ejercicio de la sana aplicación de la ley, al confirmar la calificación jurídica del ilícito penal juzgado que había sido otorgado

por el Tribunal Colegiado, pues la definición del abuso sexual plasmado en la letra C de la ley 136-03, trata sobre la práctica sexual con un niño, niña o adolescente por un adulto, o persona cinco (5) años mayor, para su propia gratificación sexual, por lo que la materialización de la acción de carácter sexual para fines de gratificación personal con una persona vulnerable ha quedado plenamente enmarcado en el contexto del citado articulado, por lo que procede el rechazo del medio analizado.

4.6. En ese sentido, al no verificarse el vicio invocado sobre quebramiento al debido proceso, ni violaciones de índole constitucional que provoque indefensión al recurrente, procede rechazar el recurso de casación de que se trata y, en consecuencia, queda confirmada en todas sus partes la decisión impugnada, todo ello de conformidad con las disposiciones del numeral 1 del artículo 427 del Código Procesal Penal.

5. De las costas procesales.

5.1. El artículo 246 del Código Procesal Penal dispone lo siguiente: 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 de la última parte del texto que acaba de transcribirse procede eximir al imputado Gavino Encarnación Calderón del pago de las costas del procedimiento, por estar asistido de un defensor público, razón suficiente para determinar que no tiene recursos para efectuar su pago.

6. De la notificación al Juez de la Ejecución de la Pena.

6.1. Los artículos 437 y 438 del Código Procesal Penal, modificados por la Ley núm. 10-15; y la resolución marcada con el núm. 296-2005 del 6 de abril de 2005, contentiva del Reglamento del Juez de la Ejecución de la Pena para el Código Procesal Penal emitida por esta Suprema Corte de Justicia, mandan a que copia de la presente decisión debe ser remitida, por la secretaría de esta alzada, al Juez de la Ejecución de la Pena del Departamento Judicial correspondiente, para los fines de ley.

7. Dispositivo.

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

FALLA:

Primero: Rechaza el recurso de casación interpuesto por Gavino Encarnación Calderón (a) Pizza, contra la sentencia penal núm. 0319-2019-SPEN-00063, dictada por la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Juan de la Maguana el 5 de noviembre de 2019, cuyo dispositivo aparece copiado en parte anterior del presente fallo.

Segundo: Exime al recurrente del pago de las costas.

Tercero: Ordena al secretario general de esta Suprema Corte de Justicia notificar la presente decisión a las partes y al Juez de la Ejecución de la Pena del Departamento Judicial de San Juan de la Maguana, para los fines correspondientes.

Firmado: Francisco Antonio Jerez Mena, Fran Euclides Soto Sánchez, María G. Garabito Ramírez y Moisés A. Ferrer Landrón.

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](http://www.poderjudici)