



PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

DESPACHO GENERAL



LINEAMIENTOS GENERALES PARA LA ELABORACIÓN DE LA ESTRATEGIA DEFENSA EN LOS CASOS DE PRIVACIONES DE LIBERTAD POR EL DELITO DE DESOBEDIENCIA A PARTICULARES DEL ART. 338 CÓDIGO PENAL, EN RAZÓN DEL ESTADO DE EMERGENCIA NACIONAL Y RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN POR PANDEMIA COVID-19.

ABREVIATURAS

Cn.	Constitución de la República de El Salvador.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
Pn.	Código Penal
Pr.Pn.	Código Procesal Penal.
Art.	Artículo..
D.O.	Diario Oficial.

ANTECEDENTE:

Desde la aprobación del Derecho Ejecutivo No 12, que establecía limitaciones a la libertad locomotiva, hubo necesidad de crear una Comisión Especializada para el análisis de la eventual imputación del delito de desobediencia de particulares, a fin de brindar herramientas técnicas que faciliten el rol de la defensa pública penal.

En ese contexto, gracias al aporte realizado por la referida Comisión, se emiten los presentes lineamientos.

INDICACIONES GENERALES:

Cada Defensor o Defensora Pública ante el requerimiento de asistencia legal por la comisión del delito de desobediencia de particulares, tipificado y sancionado en el Art. 338 Pn., perjuicio de la Administración Pública, deberá considerar los siguientes lineamientos técnicos:

1. APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO.

1.1 El decreto ejecutivo número 12, publicado en el D.O. número 59, de fecha 21 de marzo de 2020, tomo 426, que entró en vigencia el día de su publicación.

Al respecto debe considerarse innumerables decisiones de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ejemplo, la sentencia de inconstitucionalidad con Referencia 11-2005, dictada a las trece horas con quince minutos del día veintinueve de abril de dos mil once, en la que determinó que la **vigencia** implica la pertenencia actual y activa de una disposición en el ordenamiento jurídico, de manera que es capaz de regular todas las situaciones subsumibles en su supuesto de hecho, toda vez que haya sido publicada y concluido su período de vacatio legis.

En ese contexto, relacionó que la vigencia de las disposiciones es el lapso de tiempo durante el cual una disposición jurídica pertenece al sistema y es susceptible de ser aplicada, -para el caso de carácter temporal-, por lo que las consecuencias previstas en las disposiciones empieza desde el momento de su publicación o difusión oficial del cuerpo normativo que las contiene, más el lapso de vacatio legis- para el caso no se estableció plazo alguno-. Así, de forma categórica afirmó que las disposiciones se vuelven jurídicamente aplicables hacia el futuro, como manifestación el **principio de irretroactividad de las leyes**, como concreción de la seguridad jurídica.

En consecuencia, quien ejerza la defensa pública penal deberá verificar si la conducta atribuida se cometió durante la vigencia del Decreto Ejecutivo No. 12 “ *Medidas extraordinarias de prevención y contención para declarar el territorio nacional como zona sujeta a control sanitario a fin de contener la pandemia covid-19.* ”

2. ATIPICIDAD

2.1 El Art. 2 del referido decreto estableció una serie de excepciones, sobre las cuales no constituirá una infracción, ~~El que desobedece una orden~~ o pena dictada conforme a la ley y emanada de un funcionario o autoridad pública en el ejercicio de sus funciones, será sancionado con prisión de uno a tres años.



PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

DESPACHO GENERAL



De tal suerte que la persona que ejerza la defensa pública deberá considerar si las razones que motivaron el salir de sus viviendas se debió a cualesquiera de las circunstancias enunciadas en el mismo.

EXCEPCIONES CONTENIDAS EN EL DECRETO EJECUTIVO No 12

Art. 2.- Se exceptúan de la aplicación del presente decreto a las personas siguientes:

- a) Aquellas personas cuya necesidad sea la adquisición de alimentos y bebidas, productos farmacéuticos, tratamientos médicos, y otros que por emergencia deban acudir a un centro asistencial, mercados o supermercados para abastecimientos de alimentos y artículos de primera necesidad, en este caso solo podrá realizar dicha labor una persona por familia, la cual estará autorizada para realizar compras generales e indispensables dos veces por semana, para lo cual las autoridades competentes establecerán los mecanismos necesarios de verificación como: el llenado de formularios y cuando la persona realice más de tres salidas sin la justificación de los supuestos que establece el presente decreto, deberá ser llevado a cuarentena a fin de minimizar los riesgos de contagio;
- b) Personas que se desplacen al lugar de trabajo o efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial en los casos permitidos por la presente norma, y que se detallan adelante; y en los términos estrictamente permitidos por los decretos emitidos por el Órgano Ejecutivo en el Ramo de Salud relacionados con medidas de contención en los ámbitos de la actividad comercial y alimentaria, el sector de transporte público, la actividad alimenticia de restaurantes y otros similares, la distribución de agua a través de pipas, así como la actividad industrial y demás aplicables relacionados con la atención de la emergencia nacional por la pandemia por COVID-19, los empleados de medios de comunicación y prensa, así como los servidores de las instituciones de la Administración Pública que continúen prestando sus servicios en atención a dicha emergencia u otras actividades públicas relevantes, debiendo portar las identificaciones institucionales pertinentes;
- c) Personas cuyo objeto sea la asistencia y cuidado a niños y niñas, adultos mayores, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables por enfermedades crónicas que deban desplazarse a un lugar por emergencia o atención médica periódica, inclusive si estas personas tuvieren que desplazarse a un centro hospitalario o clínica;

EXCEPCIONES CONTENIDAS

EN EL DECRETO EJECUTIVO No 12:

- d) Personas que tengan como actividad indispensable desplazarse a entidades financieras y de seguros;
- e) Empleados debidamente identificados de las distintas dependencias de salud, farmacias, personal médico, enfermeras que tengan como labor el cuidado personal de adultos mayores o personas con algún padecimiento, personal médico y paramédico, de enfermería, personal de hospitales, laboratorios y clínicas privadas y empleados cuya labor ha sido autorizada a las empresas en este decreto;
- f) Personas que por causa de fuerza mayor o caso fortuito o situación de necesidad extrema comprobada deben recurrir a lugares específicos a solventar dichas causas;
- g) Empleados públicos que tengan que ver exclusivamente con el combate a la Pandemia como: todas las dependencias del Ministerio de Salud, FOSALUD, CONNA, ISNA, Bomberos, Policía Nacional Civil, Fuerza Armada, Migración, Cruz Roja, Aduanas, Superintendencia de Competencia, Superintendencia de Electricidad y Comunicaciones, Defensoría del Consumidor, Autoridad de Aviación de Civil, Comisión Internacional Contra la Impunidad de El Salvador, Zoológico Nacional en relación al mantenimiento del mismo;
- h) Miembros de los Concejos Municipales, miembros de Protección Civil, Miembros del Cuerpo de Agentes Metropolitanos, que colaborarán con la Policía Nacional Civil, los empleados administrativos de dicho municipio que sean estrictamente necesarios, así como, los cementerios municipales y mercados municipales, estos últimos serán limitados a la venta de productos de canasta básica, utensilios de limpieza y productos farmacéuticos, los demás puestos de venta deberán estar cerrados;

EXCEPCIONES CONTENIDAS EN EL DECRETO EJECUTIVO N° 12

- i) Magistrados, jueces y empleados de tribunales que, conforme a la Constitución y la ley de Emergencia Nacional, no puede diferirse sus actividades constitucionales; empleados administrativos de la Corte Suprema de Justicia y del Instituto de Medicina Legal, debidamente acreditados, que sean requeridos sus servicios en apoyo a las referidas actividades judiciales, en el marco de esta emergencia;
- j) Personas que prestan servicios de distribución de alimentos y productos de primera necesidad a domicilio;
- k) Personas debidamente identificadas de la Policía Nacional Civil, Fuerza Armada, ambulancias de servicios de emergencia médica pública y privada, del Ministerio de Salud, de la Dirección General de Migración; Dirección Nacional de Medicamentos, de la Dirección General de Centros Penales y funcionarios y empleados públicos autorizados por cada titular de las instituciones que prestan servicios públicos o servicios sociales relacionados directa y estrictamente al Combate de la Pandemia;
- l) Diputados y empleados administrativos de la Asamblea Legislativa, en el marco de esta emergencia, magistrados y empleados del Tribunal Supremo Electoral que sean estrictamente necesarios para el cumplimiento de sus funciones;
- m) Personas que laboran en vehículos de carga de transporte de mercadería y distribución de mercaderías, sean parte de la cadena de suministro alimentaria y de primera necesidad sus productos o cuya actividad sea la importación o exportación de mercadería.

Todos los trabajadores del sector privado, de cuyas empresas están autorizadas para realizar labores, deberán portar el carnet de identificación de su empresa más una carta de su patrono autorizando su movilidad desde su casa hasta el sitio trabajo.

Las personas a las que se refiere el literal c del presente artículo deberán portar una carta de autorización de su empleador debidamente identificado con nombre, firma, número de DUI, dirección y teléfono de contacto del empleador.

En todo caso, en los desplazamientos deberán respetarse las recomendaciones y medidas dictadas por las autoridades de salud, protección civil y seguridad pública.

En conclusión, de advertirse que se adecuan a las circunstancias enunciadas en el referido artículo 2, deberá solicitarse el sobreseimiento definitivo; indudablemente la limitación de emisión en sede de Juez de Paz, dado el enunciado contenido en el Art. 350 No 1, relacionado con el inc. 2 de la misma disposición normativa, propiciaría que fuese el agente fiscal quien lo requiera en audiencia inicial; y la defensa pública penal, durante la etapa de instrucción.

2.2 Argumentos técnicos sobre la atipicidad: Dogmáticamente es procedente considerar que el verbo desobedecer implica una acción de desatención de mandatos o prohibiciones emanadas de una autoridad pública o de funcionarios, mediante una orden legal dictada por estos, en el ejercicio de sus funciones. Por lo que si se encaja dentro de los **supuestos de excepción** nunca existiría su desobediencia; ello debido a que el sujeto activo de este delito debe mostrar una actitud de rebeldía y enfrentamiento manifiesto contra el cumplimiento de la orden, lo cual denota su dolo e intención de no acatar la decisión.

2.3 Ahora, en lo que respecta al conocimiento fehaciente de la orden de permanecer en las viviendas, debe de sostenerse que si bien la presunción contenida en el art. 8 del código civil sostiene que – nadie puede alegar ignorancia de la ley- es razonable que la defensa técnica podrá alegar que las condiciones personales de la persona imputada pudo no conocer el alcance de la prohibición.



PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

DESPACHO GENERAL



2.4 En el contexto, de las diligencias de investigación presentadas por el agente fiscal y la entrevista realizada por quien ejerza la defensa, deberá obtenerse elementos que permitan poner en el contexto al juzgador sobre las condiciones de vulnerabilidad de las personas acusadas; es decir, la pobreza, la edad (personas adultas mayores), discapacidad, mujeres en contexto de discriminación o violencia de género, grupos LGTBI, de conformidad a las Reglas de Brasilia para el acceso a la Justicia, CEDAW, Belén do Pará, Convención sobre los derechos para las Personas con Discapacidad, y otras relacionadas, así como la legislación secundaria.

3. DETENCIÓN ILEGAL Y NULIDAD PROCESAL.

3.1 Sin duda alguna, la garantía constitucional de ser llevado sin demora ante un juez competente e imparcial, reconocida en los Arts. 14 PIDCP y 7 y 8 CADH¹, propiciará el análisis de la cuantificación del término de la detención administrativa, ya que éste no superará nunca las 72 horas, conforme el art. 13 Cn.

3.2 La defensa pública deberá tener especial consideración para diferenciar la detención administrativa con el internamiento forzoso con fines sanitarios, que implica el ingreso obligatorio de una persona a un régimen de cuarentena, que nunca puede cumplirse en una bartolina policial, que no cumple con las condiciones mínimas necesarias para el cuidado de la salud, sino en lugares adecuados para dicho régimen².

3.3 Por otra parte, se verificará que no se haya vulnerado el derecho de defensa que tiene toda persona a la que se le imputa el cometimiento de un hecho delictivo, desde el momento de su detención, conforme el art. 12 inciso segundo Cn y art. 10, 82 inciso 3° Pr.Pn., en tanto sea un derecho irrenunciable desde el momento que tiene calidad de imputado, ya que es obligatorio el asesoramiento, asistencia e información técnica sobre su causa, para que asista en los actos de investigación y en el control de la legalidad.

¹ Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití, de 29 de noviembre de 2007.

² Sentencia de Habeas Corpus 148-2020, de 26 de marzo de 2020, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En esa línea argumentativa, debe considerarse que diligencias iniciales, actos urgentes de comprobación o diligencias investigativas se realizaron, que eran indispensables efectuar con la presencia de la defensa técnica, para tal anulación y el alcance de la misma, pues, la jurisprudencia ha indicado que la **nulidad absoluta** es una sanción procesal, por ende su aplicación debe ser excepcionalmente utilizada como “**ú l t i m o r e s e u s o l i s i t a r á**” cuando concurren los presupuestos establecidos en el art. 345 Pr.Pn. que enuncia que: “*N i n g ú n t r á m i t e n i a c t o d e p r o c e d i m i e n t o s e e s t á **expresamente determinada por la ley**; y aún en este caso no se declarará la nulidad si apareciere que el defecto que la motivó no ha producido **ni puede producir perjuicio o agravio** al derecho o defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se ha establecido.*

Como corolario, debe demostrarse que estos se cumplen al estar: a) **expresamente** señalada en la ley, sobre la base del **principio de taxatividad o especificidad** (ejemplo: 144 inciso final, art.164, art. 204 inciso final, art. 356 inciso 1 Pr.Pn.) ; b) Que las actuaciones realizadas, sobre las cuales se esté pidiendo la nulidad, cause un **agravio** al derecho de defensa de la persona imputada por delito, amparado en el **principio de trascendencia**, para evitar decretar nulidad por nulidad misma; y, c) el **principio teleológico**, que no haya otra alternativa mejor para salvaguardar el derecho afectado que declarar la nulidad.

4. EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL

4.1 No puede dejar de plantearse otra circunstancia valorativa que deberá realizar la defensa técnica, relativa a la existencia de una excluyente de responsabilidad, que afectaría la configuración del injusto penal, así:

Conforme el art. 27 del código penal sostiene que no existía antijuridicidad si se configura cualesquiera de las circunstancias siguientes:

- *Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita;*
- *Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien*



PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

DESPACHO GENERAL



de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo;

- *Quien actúa u omite en colisión de deberes, es decir cuando existan para el sujeto, al mismo tiempo, dos deberes que el mismo deba realizar, teniendo solamente la posibilidad de cumplir uno de ellos” .*

Por tanto, la defensa técnica deberá analizar la teoría fáctica plateada por la representación fiscal o narrada por la persona imputada, que permitan inferir que las razones que motivaron su circulación tienen como justificación el cumplimiento, un peligro inminente, real o actual o la colisión de deberes.

4.2 Claro está, que el principio de libertad probatoria establecido en el art. 176 Pr.Pn., deberá propiciar aportar elementos probatorios para demostrar tal condición; más aún si se trata de demostrar mediante una imagen de la condición de salud de un familiar al que le está obligado al cuidado o protección; a la de un vehículo accidentado que tenía que retirar de una carretera, el cual es rentado para trabajo de Uber y debía devolverlo, etc. ,

5. MEDIDAS CAUTELARES

5.1 Debido a la gravedad de la pena establecido en el Art. 338 Pn., deberá esperarse que la representación fiscal no solicite la detención provisional; sin embargo, podría presentarse un eventual concurso de delitos, lo que obligará la búsqueda y presentación de documentos o declaraciones testificales que demuestren arraigos, familiares, domiciliarios, laborales, entre otros.

5.2 Además, deberá tenerse presente que para decretar la detención provisional debe probarse la concurrencia de los presupuestos siguientes:

- a) Que se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito; y que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe; y,
- b) Que el delito tenga señalado pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años, o bien que, aun cuando la pena sea inferior, el juez considere necesaria la detención

